

和仏法律学校講義録

著者	掛下 重次郎, 若槻 禮次郎, 遠藤 忠次, 松岡 義正, デュモラール
出版者	和佛法律學校
巻	1-24
ページ	1-53
発行年	1901-01-20
URL	http://hdl.handle.net/10114/4770

京

和佛法律學校



講義錄

第一節

第四號

民法親族 (自二〇) 法律學士掛下重次郎

民法相續 (自二四五) 法律學士若槻禮次郎

民事訴訟法第二編 (自一六三) 法律學士遠藤忠次

民事訴訟法 (自八六) 編者 法律學士橋岡義正

羅馬法 (自一七) 法律學士モラー



滿ノ者ニ代ハリ養子ト爲ル可キ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス然ルニ右ノ規定ニ反シ親族會ノ同意ヲ得シテ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テ戸籍吏カ過テ其届出ヲ受ケタルトキハ其縁組ハ有效ナリヤ否ヤ是ナリ

(六) 培養子縁組ノ場合ニ於テハ各當事者ハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ理由トシテ縁組ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但婚姻ノ無効又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ縁組ノ取消ヲ請求スルコトヲ妨ケス前項ノ取消權ハ當事者カ婚姻ノ無効ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後六個月ヲ經過シ又ハ其取消權ヲ拋棄シタルトキハ消滅ス(第八五八條人事編第一三三條)

此規定ハ婚姻ノ取消ニ關スル第七百八十六條ノ規定ト其精神同一ナリ而シテ其理由ハ既ニ婚姻ノ取消ニ付テ叙述シタルハ今復タ茲ニ説カサルナリ

此取消權ヲ有スル者ハ縁組及ヒ婚姻ノ當事者即チ養親培養子及ヒ培養子ノ妻タル者是ナリ

唯此場合カ婚姻ノ取消ノ場合ト異ナルハ其取消權ノ行使ノ期間ナリ婚姻ニ付テハ三個月ナルニ縁組ノ取消ニ付テ六個月トシタルハ婚姻ニ付テハ當事者カ

夫婦タルコトヲ欲セサルトキハ其無効ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後三個月以上モ之ヲ默過スルコト能ハサル可キモ縁組當事者間ノ關係ハ婚姻ノ如ク速ニ確定セシム可キ必要アルヲ見サルヲ以テナリ

○縁組ヲ取消スコトヲ得可キ第七ノ場合及ヒ縁組取消ノ效力 第八百五十九條 第七百八十五條及ヒ第七百八十七條ノ規定ハ縁組ニ之ヲ準用ス但第七百八十五條第二項ノ期間ハ之ヲ六個月トス(人事編第六二條第一三一條第一三二條)

(イ) 婚姻ノ場合(第七八五條) 同シク縁組ノ場合ニ於テモ詐欺又ハ強迫ニ因リテ縁組ヲ爲シタル者ハ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得而シテ其理由ハ婚姻ニ關スル第七百八十五條ニ就キ叙述シタルハ今復説セサルナリ唯此場合カ婚姻ノ取消ノ場合ト異ナル所ハ婚姻ノ取消權ハ其詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル後三個月ヲ經過シタルトキハ消滅スルモノトセシモ縁組ニ付テハ其期間ヲ前條ニ於テ叙述シタル理由ニ從ヒ六個月ト爲シタルニ在ルノミ

(ロ) 縁組取消ノ效力 縁組取消ノ效力モ婚姻取消ノ效力(第七八七條) 同シク

既往ニ遡ラサルヲ原則トシ唯縁組ノ當時其取消ノ原因ノ存スルコトヲ知ラザリシ當事者ハ縁組ニ因リテ財産ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ其返還ヲ爲スコトヲ要シ惡意ノ當事者ハ縁組ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還スルコトヲ要シ尙ホ相手方カ善意ナリシトキハ之ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任セサル可カラス而シテ此理由カ曩ニ婚姻ノ取消ノ效力ニ付テ叙述シタレハ是亦茲ニ復説セサルナリ

第三款 縁組ノ效力

本款ニ於テハ縁組ニ因リ養子ト養親及ヒ其親族トノ身分ニ生スル關係ト縁組カ養親ノ家ニ及ボス關係トヲ規定ス

○親族關係ノ發生——第八百六十條 養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得ス(人事編第一三四條第一三五條)

養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ養親ノ血族ト總テ親族關係ヲ生スルコトハ吾邦古來ノ慣習ナルヲ以テ縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ

取得スルモノトセリ而シテ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ於テハ養子縁組ノ日ヨリ血族間ニ於クルト同一ノ親族關係ヲ生スルコトハ法律カ親族ノ總則第七二七條ニ於テ既ニ認メタル所ナレハ養子ト養親トノ間ニ於テ縁組ノ日ヨリ實親子ニ等シキ關係ヲ生シ養子ヲ嫡出子トスルハ當然ナリ

養子ハ嫡出子ニ等シキカ故ニ親權相繼權ヲ始メ扶養ノ義務婚姻ノ障礙第七百六十九條但書ノ例外アリ等ニ關シ實子ト毫モ異ナルコト非サルナリ然レトモ之カ爲メニ養子ハ實家ニ於クル親族關係ヲ失フニ非ス實家トノ關係ハ依然存スルモノナレハ養子ハ實方ノ親族關係ト養方ノ親族關係ト二様ノ親族關係ヲ有スルナリ

○養親ト家ヲ同シウスルコト——第八百六十一條 養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル(人事編第一三四條)

縁組ニ因リテ養子ト養親トノ間ニ親子ノ關係ヲ生スルコトハ第七百二十七條ニ規定スル所ナレトモ第七百三十三條ニ子ハ父ノ家ニ入ル父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ルトアリテ養子ハ養親ニ對シテ子タルト同時ニ亦仍ホ實父母ニ對

シテモ子タルヲ以テ以上ノ規定ニ因リテハ養子ハ當然養親ノ家ニ入ルモノト云フコトヲ得ス故ニ本條ヲ以テ之ヲ明カニ吾邦從來ノ慣習ノ如ク養子ハ縁組ニ因リテ當然養親ノ家ニ入ルモノトセリ蓋シ吾邦ノ養子ハ主トシテ家ヲ繼カシムル爲メニ出ツルモノナルカ故ニ養子カ依然其實家ニ在リテハ其目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テナリ

第四款 離縁

離縁ナル語辭ハ從來婚姻ノ解除及ヒ養子縁組ノ解除ニ區別ナク用ヒタリト雖モ民法ハ婚姻ノ解除ニ付テハ離婚養子縁組ノ解除ニ付テハ常ニ離縁ナル語辭ヲ用ヒタレハ離縁ト稱スルトキハ婚姻ノ解除ニ關係ナキコトニ注意セサル可カラス

離縁ヲ許スコトハ各國ノ立法例中或ハ之ヲ認ムルモノアリ或ハ否ラサルモノアリ佛國伊國等佛法系ノ諸國ハ離縁ヲ認メサレトモ獨逸諸州奧國獨逸民法第一七六八條其他獨逸法系ノ諸國ハ當事者一方ノ請求ニ因リ養子ヲ爲スト同一

ノ方式ヲ以テ縁組ヲ解除スルコトヲ得ルモノトセリ吾邦ニ於テハ從來養子縁組ノ解除ハ婚姻ノ解除ト同シク之ヲ許シタレハ本法ハ此處慣ヲ認メ或ハ當事者ノ協議ニ因リ或ハ裁判所ノ宣告ヲ以テ離縁ヲ許スコトトセリ其當事者ノ協議ニ出テタルモノヲ協議上ノ離縁ト謂ヒ裁判所ノ宣告ヲ以テスルモノヲ裁判上ノ離縁ト謂フ而シテ協議上ノ離縁ハ恰モ當事者間ニ協議調フトキハ離婚ヲ爲スコトヲ得ルカ如ク養子縁組ニ付テモ亦當事者間ニ協議サヘ調フトキハ其原因ノ如何ヲ問ハス離縁ヲ爲スコトヲ得可シ之ニ反シテ裁判上ノ離縁ハ猶ホ裁判上ノ離婚ノ如ク法律ハ其場合ヲ限定シ限ニ之ヲ許ササルナリ

第一 協議上ノ離縁

(一) 實質上ノ要件

第八百六十二條 縁組ノ當事者ハ其協議ヲ以テ離縁ヲ爲スコトヲ得養子カ十五年未滿ナルトキハ其離縁ハ養親ト養子ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ爲ス權利ヲ有スル者トノ協議ヲ以テ之ヲ爲ス養親カ死亡シタル後養子カ離縁ヲ爲サント欲スルトキハ戸主ノ同意ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得人事編第一三七條

本條第一項ハ離婚ニ關スル第八百八條ニ相當スルモノニシテ縁組ノ當事者ハ既ニ叙述シタルカ如ク其原因ノ如何ニ拘ラス協議調フトキハ離婚ヲ爲スコトヲ許ス蓋シ法律カ協議上ノ離婚ヲ許シタルハ養子縁組ハ之ニ因リテ養子ト養親トノ間ニ親族關係ヲ生セシムルモノナリト雖モ此關係タルヤ專ラ當事者ノ協議ニ因リ人爲ヲ以テ成リタルモノナレハ當事者カ之ヲ絶タント欲スルニ於テハ其意思ニ反シテ強テ之ヲ繼續セシム可キ公益上ノ必要アルヲ見ス若シ之ヲ許ササルコトトスルトキハ却テ其一家ノ不和ヲ見ルノミナラス吾邦ニ於テハ當事者間ニ協議調フタル離婚ハ慣習上之ヲ許セタルヲ以テ本法ニ於テモ之ヲ許スコトト爲シタリ

十五年未滿ノ者カ養子ト爲ラント欲スルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ爲シ其父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノミノ意思ヲ以テ之ニ代ヘ父母共ニ知レサルトキ死亡セタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會及ヒ後見人ノ意思ヲ以テ之ニ代ヘ實家ノ

父母カ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其意思ニ加フルニ親族會ノ同意アルヲ要スルコトハ第八百四十三條第八百四十六條ニ規定スル所ナレハ協議上ノ離婚ニ付テモ最初爲シタル縁組ノ場合ト同シク此等ノ者トノ協議ヲ必要トスルハ當然ナリ

婚姻ニ付テハ夫婦ノ一方カ死亡シタルトキハ離婚ヲ爲スコトヲ許ササレトモ縁組ハ養親カ死亡シタル後ト雖モ養子カ其解除ヲ爲サント欲スルトキハ之ヲ許スコトトセリ是レ蓋シ婚姻ハ夫婦ノ一方カ死亡シタルトキハ既ニ解消セラタルモノニシテ復タ之ヲ解除ス可キ目的存セサレトモ養子縁組ハ之ニ反シ專ラ親族關係及ヒ家族關係ノ發生ヲ目的トシ其關係ハ養親ノ死亡ニ因リテ解消セララルモノニ非サレハ養親死亡ノ後ニ在リテモ仍ホ此關係ヲ解決コトヲ許ス可キ必要アリテ此ノ如キハ實家及ヒ養家ノ爲メ便宜ナルコトアリ故ニ此場合ニ於テハ戸主カ養親ニ代リテ同意ヲ爲ス可キモノトセリ然レトモ是レ後ニ叙述スルカ如ク養子カ家族タル間ニ限ルモノニシテ既ニ養子カ戸主ト爲リタルトキハ最早離婚ヲ爲スコトハ許サレサルナリ(第八七四條)

○父母親族會後見人ノ同意 第八百六十三條 滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離縁ヲ爲スニハ第八百四十四條ノ規定ニ依リ其縁組ニ付キ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス第七百七十二條第二項第三項及ヒ第七百七十三條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス人事編第一三八條

此規定ハ離婚ニ關スル第八百九條ニ相當スルモノニシテ成年ノ子カ養子ヲ爲シ又ハ滿十五年以上ノ子カ養子ト爲ルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ要ス若シ父母ノ一方カ知レサルトキ死亡セタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ同意ノミヲ以テ之ニ代ヘ父母共ニ知レサルトキ死亡セタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ未成年者ハ其後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ實家ノ父母カ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其意思ニ加フルニ親族會ノ同意第八四三條第八四六條アルヲ要ス之ヲ以テ滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離縁ヲ爲スニ付テハ亦父母後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルハ至當ナリ而シテ縁組ト離縁トニ付テハ唯年齡ニ差異アルノミ法律力成年以上ノ者ニモ同意ヲ

得ルコトヲ必要トシタルハ蓋シ離縁ハ普通ノ法律行爲ト異ナリテ一層重要ノ效果ヲ有スルモノナルヲ以テ滿二十五年ニ達セサルカ如キ者ハ離縁ヲ輕卒ニ決行スルコトノ虞アルヲ以テナリ

○禁治產者ノ離縁 禁治產者カ離縁ヲ爲スニハ猶ホ其縁組ヲ爲ス場合ニ後見人ノ同意ヲ要セサルカ如ク(第八四七條其同意ヲ得ルコトヲ要セサルナリ(第八四四條)

此規定ハ離婚ニ關スル第八百十條ト同一ニシテ禁治產者ノ後見人ノ職ハ曩ニ說キタルカ如ク專ラ禁治產者ノ看護第九二二條ト其財産上ノ行爲第九二三條トニ止マリ其身分上ノ行爲ニ關セサルナリ而シテ禁治產者ノ身分上ノ行爲ニ關シテハ禁治產者カ事實上精神ヲ回復セル時ニ在リテハ完全ノ能力ヲ有スルカ故ニ其間ニ爲セタル離縁ハ有效タル可シ之ニ反シテ其心神喪失中ニ爲セタル離縁ハ意思ノ欠缺スルモノナレハ無効タル可シ依テ此場合ハ婚姻ノ場合ト異ナルコトナキヲ以テ茲ニ之ニ關スル規定ヲ準用スルコトトシタリ

(二)形式上ノ要件

協議上ノ離婚ハ縁組ニ於ケルト同シク要式ノ行爲ト爲シ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス若シ此方式ヲ缺キ離婚ノ届出ヲ爲ササルトキハ其離婚ハ絕對無効ナリ而シテ其届出ニ關スル手續ハ婚姻ノ届出ニ關スルモノトモモ異ナラナルヲ以テ法律ハ離婚ノ場合ニ婚姻ニ關スル第七百五十五條ヲ準用スルコトトシタリ(第八六四條人事編第一三九條)

○離婚届出ニ對スル戸籍吏ノ義務 第八百六十五條 戸籍吏ハ離婚カ第七百七十五條第二項第八百六十二條及ヒ第八百六十三條ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス戸籍吏カ前項ノ規定ニ違反シテ届出ヲ受理シタルトキト雖モ離婚ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ(人事編第一三九條)

此規定ハ離婚ニ關スル第八百一十一條ニ相當スルモノニシテ戸籍吏ハ離婚ノ轉合ニ於ケルカ如ク離婚カ法令ノ規定ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得サルモノトセリ而シテ此規定ハ其實質ニ至リテモ亦殆ト離婚ニ關スルモノト同一ナルヲ以テ今復タ茲ニ之カ説明ヲ爲サザ

ルナリ

第二 裁判上ノ離婚

養親ト養子トノ間ニ如何ニ不和ヲ生シ離婚ヲ爲サント欲スルトモ其一方カ之ヲ承認セサルトキ即チ當事者間ニ離婚ノ協議調ハサルトキハ他ノ一方ヲシテ之ヲ強ユルコトヲ得ス此場合ニ於テハ裁判所ニ之カ請求ヲ爲スヨリ外アラサルナリ然レトモ雖ニ説キタルカ如ク協議上ノ離婚ニ付テハ如何ナル原因ニ基キテ之ヲ爲ストモ當事者ノ自由ニ委シ法律ハ其間ニ毫モ干渉ヲ爲ササレトモ當事者カ裁判所ニ訴ヘテ離婚ヲ爲スニハ法律カ定メタル原因アルニ非サレハ之ヲ許ササルナリ

○裁判上ノ離婚ノ原因 第八百六十六條 縁組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

- 一 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケルトキ
- 二 他ノ一方ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ
- 三 養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

- 四 他ノ一方カ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ
五 養子ニ家名ヲ漬シ又ハ家産ヲ傾タヘキ重大ナル過失アリタルトキ
六 養子カ逃亡シテ三年以上復歸セザルトキ
七 養子ノ生死カ三年以上分明ナラザルトキ
八 他ノ一方カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ
九 増養子縁組ノ場合ニ於テ離婚アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離婚若クハ婚姻ノ取消アリタルトキ(人事編第一四〇條)

第一項第一四一條

第一ノ原因 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ 此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第五號ニ相當シ唯茲ニハ同居ニ堪ヘザルコトヲ缺クノミ法律カ離婚ニ之ヲ缺キタルハ蓋シ夫婦ハ元來同居スヘキモノナリト雖モ親子ハ必スシモ然ルモノニ非サルヲ以テナリ故ニ養子カ養親ニ對シテ又ハ養親カ養子ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキハ之ヲ受

ケタル者ヨリ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得此ノ如キ場合ニ於テ仍ホ親子タル關係ヲ繼續セシムルハ地ヲ可カラサル痛苦アル可ケレハナリ而シテ如何ナル所爲カ虐待ナルカ又重大ナル侮辱ナルカハ事實ノ問題ニ屬スルヲ以テ一ニ裁判官ノ査定ニ依ラサル可カラズ

第二ノ原因 他ノ一方ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ 此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第六號ニ相當シ其理由モ毫モ異ナル所ナキヲ以テ今復タ茲ニ説明セザルナリ

第三ノ原因 養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ 此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第七號ニ相當ス但シ同條第七號ニハ配偶者ノ直系尊屬ヨリ云云トアレトモ離婚ニ付テハ養親ノ直系尊屬ヨリモアルカ故ニ離婚ニ付テハ夫カ妻ノ直系尊屬ヨリ若クハ妻カ夫ノ直系尊屬ヨリ虐待ヲ受ケタルヲ問ハス其就レノ場合ニ於テモ離婚ノ原因ト爲レトモ離婚ニ付テハ養子カ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキニ限り離婚ノ原因ト爲リ養親カ養子ノ直系尊屬ヨリ虐待ヲ受ケタリトテ離婚ノ原因タラザ

ルナリ何トナレハ配偶者ノ直系尊屬ハ他ノ一方ノ姻族ナレトモ養親ト養子ノ直系尊屬トハ何等ノ親族關係ヲ有セサルヲ以テナリ而シテ法律カ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタル場合ヲ離縁ノ原因ト爲シタルハ他ナシ養子カ常ニ敬事ス可キ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待ヲ受ケタルトキハ其家ニ在ルニ堪ヘサル可キヲ以テナリ

第四ノ原因 他ノ一方カ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキニ此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第四號ニ相當ス而シテ縁組ノ當事者ノ一方カ刑法上ノ罪人ト爲ルトキハ他ノ一方ノ爲メ大ナル不名譽タル可キモノニシテ此ノ如キ場合ニ仍ホ強テ養子ノ關係ヲ繼續セシムルハ甚タ酷ニ失ス然レトモ如何ナル微罪ヲモ離縁ノ原因ト爲スハ其當ヲ得サルヲ以テ法律ハ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキト爲シタリ離婚ノ場合ト離縁ノ場合トニ依リテ刑期並ニ罪質ニ區別ヲ爲シタルハ蓋シ夫婦ノ間ハ親子ニ比シ一層親密ナラサル可カラサルモノナレハ一方カ犯罪アリテ處刑ヲ受ケタルトキハ他ノ一方ニ於テ之ヲ憐ミ之ヲ助ク可キモノナルヲ以テ夫婦ハ破産最モ甚シキ場合及ヒ罪

狀ノ最モ重キモノニ限リ離婚ノ原因トモリ之ニ反シテ養親ト養子トノ間ハ此ノ如キ關係アル可キモノニ非ナルヲ以テナリ

第五ノ原因 養子ニ家名ヲ遺シ又ハ家産ヲ傾タヘキ重大ナル過失アリタルトキニ養子ヲ爲スハ多クハ其家ノ家督ヲ相續セシムルニ在リ然ラサルモ永ク其家族ノ一員ト爲ス可キモノナレハ養子ニシテ其家ノ名ヲ遺シ又ハ家産ヲ傾タルカ如キ重大ナル過失アルトキハ是レ養親カ養子ヲ爲シタル目的ニ反スルモノト云フコトヲ得可シ故ニ此ノ如キ場合ハ離縁ノ原因ト爲ササル可カラス養子ノ如何ナル行爲カ其家ノ名ヲ遺スカ又ハ家産ヲ傾タ可キモノナルヤハ家ノ貧富其品位等ニ依リテ異ナルモノニシテ各人同一ナラサルモノナレハ一ニ事實ニ就キテ之ヲ決セサル可カラス

第六ノ原因 養子カ逃亡シテ三年以上復歸セサルトキニ養子ヲ爲スハ家督ヲ相續セシムルカ又ハ家事ヲ助ケシムルニ在リ然ルニ逃亡シテ三年以上モ復歸セサルトキハ養子ヲ爲ス目的ニ反スルヲ以テ此場合ニ於テ離縁ヲ許スハ當然ノコトニ屬ス

第七ノ原因 養子ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ 此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第九號ニ相當ス而シテ既ニ叙述シタルカ如ク養子ハ之ヲシテ家督ヲ相續セシメ然ラサルモ家事ヲ助ケシムルモノナルニ其生死ニシテ三年以上モ分明セサルトキハ養子ヲ爲シタルノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テハ其養子ヲ離婚シ更ニ養子ヲ爲スコトヲ許ササル可カラス

第八ノ原因 他ノ一方カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ 此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第八號ニ相當スルモノニシテ其理由全ク同一ナレハ再ヒ茲ニ叙述セサルナリ

第九ノ原因 婿養子縁組ノ場合ニ於テ離婚アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離婚又ハ婚姻ノ取消アリタルトキ 此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第十號ニ相當シ全ク其裏面ヲ規定シタルモノニシテ其起旨同一ナルヲ以テ今復タ茲ニ説カサルナリ

以上ノ原因アルトキニ限リ養親又ハ養子ヨリ裁判所ニ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得向キ此外ニ於テハ第八百七十六條ニ定メタル原因アルトキハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモ其他ノ理由ニ依リテハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルナリ

○離婚訴權ノ代理行使 第八百六十七條 養子カ滿十五年ニ達セサル間ハ其縁組ニ付キ承諾權ヲ有スル者ヨリ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第八百四十三條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス(人事編第一四三條)

此規定ハ縁組ノ承諾ニ關スル第八百四十三條及ヒ協議上ノ離婚ニ關スル第八百六十二條ト其趣旨ヲ同シウスルモノニシテ離婚ノ訴ヲ提起セントスルニ當リ養子カ滿十五年以下ナルトキハ法律上ノ意思能力ナキ者ナレハ何人カ之ニ代リテ離婚ノ訴ヲ提起スルノ途ナカル可カラス是ヲ以テ此場合ニ於テ其縁組ニ付キ意思ヲ代表スル者ヨリ之カ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセリ即チ養子ノ實家ニ在ル父母若シ父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ其後見人及ヒ親族會ヨリ其幼者ニ代リテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得而シテ父母ノ一方カ繼父母又ハ嫡

母ナルトキハ其意思ニ加フルニ親族會ノ同意ヲ以テスルコトヲ要ス(第八四三條第八四六條)

養親又ハ養子カ禁治產者ナルトキハ其心神ヲ回復セル場合ニ在リテハ後見人ノ同意ナクシテ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得可シ而シテ其心神喪失中ニ在リテハ人事訴訟手續法第二十五條ニ依リ養親カ禁治產者ナルトキハ其後見人カ親族會ノ同意ヲ得テ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得又養子カ禁治產者ナルトキハ實方ノ直系尊屬又ハ實家ノ戸主カ其訴ヲ提起スルコトヲ得ルコトトセリ

○離縁請求權ノ消滅原因

(一) 第八百六十六條第一號乃至第六號ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊屬ノ行爲ヲ宥恕シタルトキハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(第八六八條)

此規定ハ離婚ニ關スル第八百十四條第二項ノ規定ニ相當スルモノニシテ第八百六十六條第一號乃至第六號ノ場合トハ一當事者一方ノ虐待又ハ侮辱二惡意ノ遺棄三養親ノ直系尊屬ノ虐待又ハ侮辱四重禁錮一年以上ノ處刑五家名ヲ潰

テ決意ヲ爲スコトヲ得ルナリ伊太利民法ノ如キハ此ノ如キ場合ニ於テハ各相續人ハ總テ限定承認ヲ爲スヘキコトヲ定ムルモ我民法ハ此ノ如キ規定ヲ爲サス必要ナキ限リハ法律ハ成ルヘク他人ノ意思ノ爲メニ自己ノ意思ヲ枉ケタルヘカラサルカ如キ規定ヲ設ケタルヲ可ナリト爲スカ故ニ民法カ箇箇ニ決意ヲ爲スヲ認メタルハ至極適當ナリト謂フヘシ民法ニ依リテ觀レハ相續人多數ナル場合ニ於テ其一人ノミ限定承認ヲ爲サントセハ其相續人ハ他ノ相續人ノ意向如何ニ拘ラス單獨ニテ限定承認ノ手續ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ他ノ相續人カ總テ單純承認ヲ爲シタルトキハ限定承認者ハ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テ其負擔スヘキ義務ヲ辨濟セ單純承認ヲ爲シタル相續人ハ無限ニ其債務ヲ辨濟セサルヘカラス

第三 限定承認者ノ權利義務

限定承認ハ相續財産ヲシテ相續人ノ財産ヨリ分レタル特別財産タラシメ相續上ノ義務ハ其上ニ於ケル負擔ト爲スカ故ニ限定承認ノアリタル場合ニ於テハ相續上ノ義務ハ一ニ相續財産ニ就クノミ其辨濟ヲ受ケサルヘカラス故ニ限定

承認ノ場合ニ於テハ何人カ相續財産ヲ管理シテ之ヲ以テ相續上ノ義務ヲ辨濟スルノ手續ヲ盡ササルヘカラス而シテ法律ハ此任務ヲ舉ケテ之ヲ限定承認ヲ爲シタル相續人ノ責任ト爲シタリ蓋シ限定承認ヲ爲シタル相續人ハ其承認ニ制限コソ付シタル承認ニ因リテ相續人ト爲リ相續財産ノ權利者ト爲リタルモノナリ故ニ相續財産ヲ管理シテ其上ニ存スル負擔ヲ辨濟スヘキ任務者ハ何人ヲ以テ適任者ト爲スヤト言ハハ順序トシテハ第一ニ指テ相續人ニ屈セサルヘカラス殊ニ相續人ヲ以テ此任務ニ當ラシムルハ其任務ヲ全ウスル上ニ於テモ最モ適當ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ相續上ノ義務ヲ辨濟セテ尙ホ相續財産ニ餘リアルトキハ其殘餘ハ限定承認者ニ歸スルカ故ニ相續人ハ其財産ヲ善良ニ管理スヘク且ツ眞ニ相續財産ノ負擔タルヘキ義務ニ非ナレハ辨濟セタルコトニ付テハ最モ大ナル利害關係ヲ有スルカ故ニ法律ハ相續人ヲ以テ其任ニ當ラシムルコトトセリ相續人ノ權利義務ヲ分ラハ大體ニ於テハ財産ノ管理及ヒ清算ナリト謂フコトヲ得ヘシ

甲 財産ノ管理 管理ノ責アル者ハ其管理ニ於テ財産ニ對シテ爲スヘキ注意ノ

程度ニ關シテハ民法ハ場合ニ依リ二様ノ規定ヲ爲セリ或場合ニ於テハ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スヘキモノトシ又或場合ニ於テハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヘキモノトセリ相續人カ相續ニ對シテ未タ其決意ヲ定メサル場合ニ於テ相續財産ヲ管理スルニハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ要スヘキモノナリトハ前既ニ述ヘタル所ナリ限定承認ヲ爲セタルトキモ亦然リ蓋シ限定承認ノ場合ニ於テハ相續財産ハ相續上ノ義務ノ擔保ト爲リ居ルモノナレトモ元來既ニ相續人ノ權利ニ歸シタルモノナルカ故ニ相續人カ之ヲ見ルコトハ普通ハ自己ノ財産ト異ナルコトナシ自己ノ財産ヲ見ルト餘リ異ナラサルモノハ自己ノ財産ト同一ノ注意ヲ以テ管理スヘキハ人情ノ自然ナルヲ以テ法律ハ是ヲ以テ限定承認者カ財産ヲ管理スル注意ノ限度トセリ

法律ハ限定承認者ヲシテ相續財産ノ管理ヲ爲サシムルハ相續財産ハ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ノ擔保ヲ爲スヲ以テナリ即チ限定承認者ハ相續債權者及ヒ受遺者ノ利益ノ爲メニ相續財産ヲ保管スルモノナリ故ニ相續債權者及ヒ受遺者ヨリ請求アリタルトキハ何時ニテモ管理ノ情況ヲ報告セサルヘカラス加之清

算ノ終了シタルトキハ遲滞ナク管理ノ顛末ヲ報告セサルヘカラス且ツ限定承認者カ管理スルニ當リ受取リタル金錢其他ノ物及ヒ相續財産ヨリ生シタル果實ハ之ヲ相續財産ニ加ヘ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ニテモ相續財産ノ爲メニ取得シタルモノハ之ヲ相續財産ニ屬スル權利トセサルヘカラス其他法律ハ代理委任ノ場合ニ於ケル諸種ノ規定ヲ準用スルカ故ニ法文ニ就テ其詳細ヲ知了セラレンコトヲ望ム

乙 清算 相續人ハ相續財産ヲ以テ債務及ヒ遺贈ノ辨濟ヲ爲ス手續ヲ爲ササルヘカラス即チ相續財産ノ清算ヲ爲スコト必要ナリ次ニ順次其手續ヲ説明セシ
イ 公告及ヒ催告 清算ヲ爲スニハ先ツ以テ權利者ヲシテ清算ヲ爲スヘキ事情ノ生シタルコトヲ知ラシムル必要アリ又相續人自身ニ於テモ債權及ヒ遺贈ノ價額ハ何程ニシラ且ツ其權利者ハ誰ナルカラ確ムルノ必要アリ故ニ法律ハ清算ノ第一著手トシテ限定承認者ハ限定承認ヲ爲シタル後五日內ニ公告ヲ爲シ權利者ヲシテ請求ノ申立ヲ爲シ得ヘカラスヘキヲ命セリ此公告ニハ相續人

カ限定承認ヲ爲シタルコト相續債權者及ヒ受遺者ハ一定ノ期間內ニ其請求ノ申出ヲ爲スヘキコト及ヒ其期間內ニ申出ヲ爲ササルトキハ債權又ハ遺贈ハ清算ヨリ除外セラレル旨ヲ記載スルコトヲ要ス而シテ其請求申出ノ期間ヲ定ムルニハ二箇月ヲ下ルコトヲ得サルヲ以テ公告ヲ爲シタル日ヨリ二箇月後ヲ以テ申出ヲ爲スヘキ期限トセサルヘカラス相續人ハ右公告ヲ爲スト同時ニ現ニ知レタル相續債權者及ヒ受遺者ニハ各別ニ催告ヲ爲スコトヲ要ス而シテ其催告スヘキ事項ハ公告ニ記載スヘキ事項ト同一ナリ相續人ハ公告又ハ催告ヲ爲ササルモ之カ爲メニ限定承認ノ利益ヲ失フモノニ非ス然レトモ公告及ヒ催告ナルコトハ法律カ限定承認者ニ命シタル義務ナルカ故ニ相續人ニシテ法律ノ命シタル義務ヲ盡サス爲メニ相續上ノ權利者ニ損害ヲ與ヘタルトキ其損害ハ相續人ニ於テ賠償セサルヘカラス
相續人カ公告又ハ催告ヲ爲ササリシカ爲メニ請求ノ申出ヲ爲ササリシ債權者又ハ受遺者アリタル場合ニ於テ他ノ債權者又ハ受遺者カ若シ其者カ申出ヲ爲シシナラハ受タルコトヲ得サリシ辨濟ヲ受ケタルトキハ申出ヲ爲ササリシ債

權者又ハ受遺者ハ之ニ對シテ其金額ノ償還ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤ他ノ債權者又ハ受遺者ハ其權利ナクシテ辨濟ヲ受ケタル者ニ非サレハ不當ノ利得ヲ爲シタルモノニ非ス隨テ原則トシテハ求償ノ權利ナキモノナリ然レトモ他ノ債權者又ハ受遺者ニシテ情ヲ知リナカラ辨濟ヲ受ケタルトキハ其者ハ他人ニ損害ヲ加フルコトヲ知リナカラ此ノ如キ行爲ヲ敢テシタルモノナルカ故ニ其行爲ハ不法ナリト謂ハサルヘカラス不法行爲者ニ對シテハ賠償ヲ求ムルヲ得ルコト當然ナルカ故ニ此場合ニ於テハ申出ヲ爲サザリシ債權者又ハ受遺者ハ不當ニ辨濟ヲ受ケタル債權者又ハ受遺者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得第千三十六條第二項ハ情ヲ知リテ不當ニ辨濟ヲ受ケ云云トアルカ故ニ情ヲ知ルモ不當ニ辨濟ヲ受ケサル者ハ求償ヲ受ケサルカノ如ク見コルモ同項ハ此ノ如ク解スルヲ得ス情ヲ知リテ辨濟ヲ受ケタルトキハ其辨濟ハ常ニ不當ナリト謂ハサルヘカラス第千三十六條ニ依リテ受クヘキ辨濟ハ不法行爲ニ基ク賠償ノ性質ヲ有スルカ故ニ其求償權ノ時効ニ付テハ法律ハ不法行爲ニ付テ定メタル所ニ從フヘキモノトセリ

(ロ) 期間満了前ニ於ケル辨濟ノ拒絕 相續財産ニシテ相續上ノ義務ヲ辨濟スルニ足ルトキハ相續人ハ無論相續上ノ義務ヲ全部辨濟セサルヘカラサルモ若シ相續財産ニシテ相續上ノ義務全部ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ相續人ハ相續財産ヲハ債權額及ヒ遺贈額ニ按分シテ辨濟セサルヘカラス然ルニ債權及ヒ遺贈請求ノ申出ヲ爲スヘキ期間満了前ニ於テハ如何ナル債權者又ハ受遺者カ現出スルヤモ知ルヘカラサルヲ以テ若シ其間ニ於テ債務又ハ遺贈ノ辨濟ヲ爲シ了ルトキハ他日新ニ債權者又ハ受遺者トシテ現ハルル者アルニ於テハ其者ニ支拂フヘキ金額ハ既ニ辨濟ヲ受ケタル債權者又ハ受遺者ヨリ取戻ササルヘカラサル場合ヲ生スヘシ此ノ如クシテハ相續債權者及ヒ受遺者ノ受ケタル辨濟ハ其タ不確實ノモノニシテ其利益ヲ害スルコト渺カラサルヲ以テ法律ハ第千三十條ニ於テ第千二十九條第一項ノ期間満了前ハ相續債權者又ハ受遺者ニ對シテ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ルモノトセリ

第千三十條ハ何等ノ區別ヲモ爲サスシテ期間満了前ニハ相續債權者及ヒ受遺者ニ對シテ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ト定ムルカ故ニ相續財産カ債權額及ヒ遺贈額

ヲ辨済スルニ足ラサル場合ニ於テ此權利ヲ行フコトヲ得ルハ勿論相續財産カ
僅ニ債務及ヒ遺贈ヲ辨済スルニ足ルコトノ明カナル場合ニ於テモ猶ホ此拒絕
ヲ行フコトヲ得ルモノナリ然レトモ第一千三十條ハ限定承認者ニ辨済拒絕ノ權
利アルコトヲ定ムルノミニシテ是ヲ以テ其義務ト爲シタルニ非タルカ故ニ期
間内ト雖モ限定承認者ハ辨済ヲ爲スコトヲ得タルニ非ス唯期間内ニ辨済セハ
時トシテ相續上ノ權利者ニ損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラスル場合ヲ生スルヲ
以テ相續財産ノ債務ヲ辨済シテ優ニ餘アル見込ミ立テタルトキニ非サレハ期
間満了前ニ於テハ成ルヘク辨済ヲ拒ムヲ以テ注意深キ行爲ナリト謂ハサルヘ
カラス

凡ソ義務アル者ハ履行ノ請求ヲ受ケタルトキハ之ニ對シ辨済ヲ爲ササルヘカ
ラス限定承認者ハ承認ニ制限ヲ付シタルニハ相違ナキモ一旦相續ヲ承認シタ
ル以上ハ被相續人ノ債務及ヒ其遺贈ニ付テハ之カ義務者ト爲リタル者ナリ此
義務者タル者カ義務履行ノ請求ニ應ジテ辨済ヲ爲スハ正シク其責任ヲ盡シ
タルモノナリ而シテ第一千三十條ハ限定承認者ニ向テ期間満了前ニハ相續債權

者及ヒ受遺者ニ對シテ辨済ヲ拒ムコトヲ得ル旨ヲ規定セリ此規定ハ未タ限定
承認者ニ對シテ辨済ヲ拒マサルヘカラスルノ義務ヲ負ハシメタルニ非ス然ルニ
第一千三十六條ハ限定承認者カ其責任ヲ盡シテ辨済ヲ爲シ其結果他ノ債權者又
ハ受遺者ニ辨済ヲ爲スコト能ハサルトキハ之ニ因リテ生シタル損害ハ限定承
認者即チ正シク其負擔ヲ盡シタル者ノ責任ニ歸セシメタリ此規定ノ理由ハ一
見理解シ難キ所ナリ之ヲ辨済ヲ受ケタル債權者又ハ受遺者ノ側ヨリ觀ルモ亦
然リ辨済ヲ受ケヘキ權利アルカ故ニ辨済ヲ請求シテ之ヲ受ケタルモノナリ偶
其權利ノ實行カ他ノ債權者ノ不利ナルコトヲ知ルモ之カ爲メニ其行爲カ不法
ト爲リ若クハ不當ト爲ルハ何レノ規定ヨリ生スルヤ勿論相續債權者及ヒ受遺
者ノ全體ヲシテ平等ニ辨済ヲ受ケシムルカ爲メニ期間満了前ニハ辨済ヲ拒マ
サルヘカラスト爲スハ理由ナキニ非ス立法論トシテハ此ノ如キ規定ヲ設クル
ヲ可トスヘシ若シ民法カ此規定ヲ設ケタリトスレバ第一千三十六條ノ如キ規定
ハ其結果トシテ當然ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ第一千三十條ハ右述ヘタル
如キ規定ヲ爲サス而シテ第一千三十六條ニ至リ恰モ辨済拒絕ハ限定承認者ノ義

務ナルコトヲ前提ト爲スカ如キ規定ヲ爲セリ是レ予ノ大ニ怪ム所ナリ然レトモ法律ノ規定ハ枉クル能ハサルカ故ニ此ノ如キ場合ニハ限定承認者ハ損害ヲ賠償スルノ責ヲ負ハサルヘカラス而シテ民法ハ此責任ノ基礎ヲ以テ不法行爲ト爲シ不法行爲ニ因ル債權ト同一ノ時効ニ因リテ消滅スヘキモノトセリ

(ハ)相續財産ノ賣却 限定承認者カ相續財産ノ清算ヲ爲スニ付テハ被相續人ノ有セシ債權ハ之カ實行ヲ爲シ其債務及ヒ遺贈ハ之ヲ辨濟セサルヘカラス然ルニ辨濟ヲ爲スニ當リ債務及ヒ遺贈ニシテ現物ヲ以テ辨濟ヲ爲スコト能ハサルモノアリタルトキハ勢ヒ金錢ヲ以テ之ヲ辨濟セサルヘカラス斯ル場合ニ於テハ相續財産中金錢ニ非サルモノ即チ不動産又ハ金錢以外ノ動産若クハ直チニ履行ヲ請求スルコトヲ得サル權利ノ如キハ之ヲ賣却シテ金錢ニ換ヘタルヘカラス而シテ第一千三百四條ニ依レハ限定承認者カ相續財産ヲ賣却スルニハ必ス競賣ノ方法ニ依ルコトヲ要ス蓋シ競賣ハ多數者ノ見ル所ヲ以テ價ヲ定ムルモノナルカ故ニ其間ニ不正ノ行ハルル虞ナク債權者及ヒ受遺者ノ爲メニ最相續

保ノ多キ方法ナレハナリ限定承認者カ相續財産ヲ賣却スルニ際リ第一千三百四條ノ規定ニ違背シテ競賣方法ヲ用ヒタルトキハ如何ナル結果ヲ生スヘキヤ其賣却ノ無効ト爲ラサルハ明カナリ何トナレハ權利者カ自己ノ物ヲ賣却シタルモノナルカ故ニ買主ハ之ニ因リテ完全ナル物ノ所有權ヲ得ルモノナリ其限定承認者カ法律ノ命シタル形式ニ從ヒタルヤ否ヤハ買主ニ對シテ關係ナキヲ以テナリ又限定承認者カ之カ爲メニ限定承認ノ利益ヲ失フモノニ非タルコトモ亦明カナリ何トナレハ限定承認カ限定ノ利益ヲ失フ場合ハ第一千三百四條第三號ノ場合ニ限ルモノニシテ相續財産ノ賣却ニ付キ競賣方法ヲ用ヒタルコトハ同號ニ該當セザレハナリ唯限定承認者ハ法律ノ定メタル義務ヲ盡ササルモノナルカ故ニ之ニ因リテ相續債權者若クハ受遺者ニ損害ヲ與ヘタルトキハ賠償ノ責ニ任スヘキノミ而シテ法律ハ相續債權者及ヒ受遺者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ相續財産ノ賣却ハ競賣ノ方法ニ依ルヘキコトヲ定ムルト同時ニ一方ニ於テハ限定承認者ニ裁判所ニ於テ選定シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒテ相續財産ノ全部又ハ一部ノ價額ヲ辨濟シテ其競賣ヲ止ムルコトヲ得ル權利アリト規定

セリ是レ相續財産中ニハ傳家ノ重寶等アリテ相續人ノ情ニ於テ他人ノ手ニ渡ルコトヲ欲セサル場合ナシトモス故ニ相當ノ代價ヲ拂ヒテ其物ノ所有權ヲ保持スルコトヲ得セシムルハ相續人ノ側ヨリ觀察シテ力メサルヘカラサル事ナレハナリ而シテ相續人ハ裁判所ノ選任シタル公平ナル鑑定人カ評價シタル價額ヲ辨濟スルモノナルカ故ニ債權者及ヒ受遺者モ之カ爲メニ利益ヲ害セラルルカ如キコト之ナシト謂フヲ得ヘキナリ

相續債權者及ヒ受遺者ハ限定承認ノ場合ニ於テハ相續財産ノ限度ニ於テノミ辨濟ヲ受クルモノナルカ故ニ相續財産ノ賣却及ヒ鑑定ノ其當ヲ得タルヤ否ヤハ其利害ニ大ナル關係アルモノナリ故ニ法律ハ相續債權者及ヒ受遺者ヲシテ競賣又ハ鑑定ニ參加シテ其當否ヲ監視スルヲ得セシメタリ但シ參加ハ全ク債權者及ヒ受遺者ノ利益ノ爲メニ許シタルモノナルカ故ニ之カ爲メニ要シタル費用ハ其利益ヲ受クル者ニ於テ負擔セサルヘカラス若シ債權者又ハ受遺者ノシタル債權者及ヒ受遺者ニ於テ負擔セサルヘカラス若シ債權者又ハ受遺者ノ參加ヲ申出テタルニモ拘ラス其參加ヲ待タスシテ競賣又ハ鑑定ヲ爲シタルト

キハ其競賣又ハ鑑定ハ參加ヲ請求シタル者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ故ニ競賣又ハ鑑定ニ因リ損害ヲ生シタルコトヲ證明シタルトキハ之カ賠償ヲ爲ササルヘカラス

(二) 債務及ヒ遺贈ノ辨濟 相續債權者又ハ受遺者カ請求ノ申出ヲ爲スヘキ期間満了シタルトキハ限定承認者ハ相續財産ヲ以テ債權者及ヒ受遺者ニ辨濟ヲ爲スヘキモノナリ而シテ債權者ト受遺者トノ間ニ於テハ債權者ハ受遺者ニ先チテ辨濟ヲ受クルモノナルカ故ニ限定承認者ハ各債權者ニ辨濟ヲ爲シタル後ニ非サレハ受遺者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ス限定承認者カ辨濟ヲ爲スニハ唯リ期間内ニ請求ノ申出ヲ爲シタル債權者ノミニ之ヲ爲スヘキモノニ非スシテ期間内ニ辨濟ノ請求ヲ爲ササルモ其知レタル債權者ニ對シテモ亦辨濟ヲ爲ササルヘカラス而シテ相續財産カ總テノ債務ノ辨濟ヲ爲スニ十分ナルトキハ無論各債權額ノ全部ヲ辨濟スヘキモノナレトモ若シ相續財産カ相續債權ノ總額ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ請求ノ有無請求ノ日時ノ前後ヲ問ハス相續財産ヲ各債權者ノ債權額ニ割宛テ辨濟ヲ爲スヘキモノナリ但シ優先權ヲ有スル債權者

ニ對シテハ優先權ノ目的物ノ價額ヲ以テ先ツ其辨濟ニ充テ尙ホ不足アリタル場合ニ於テ不足額ニ付キ他ノ債權者ト同シテ按分シテ辨濟ヲ受テヘキモノナリ

債權中期限附又ハ條件附若クハ存續期間ノ不確定ナルモノアリタルトキハ如何ニシテ辨濟スヘキヤ法律カ特ニ定メタル規定ナキトキハ此等ノ債權ニ充ツヘキ金額ハ之ヲ保存シテ其辨濟スヘキ時期ニ至リ之カ辨濟ニ充當セサルヘカラス若シ其金額不用ト爲リタルトキハ之ヲ以テ辨濟ヲ受ケサリシ他ノ債權者ニ辨濟セサルヘカラス若シ又不足ヲ告ケタルトキハ辨濟ヲ受ケタル他ノ債權者ヲシテ返還セシメ其一部ヲ補ハサルヘカラス此ノ如キハ長期間法律關係ヲ不確定ナラシメ相續ノ清算容易ニ終了セス殊ニ存續期間ノ不確實ナル債權ニ付テハ幾干ノ金額ヲ保存スレハ辨濟ヲ爲シ得ヘキヤ殆ト之ヲ確定スルコトヲ得ス故ニ法律ハ一ノ規定ヲ設ケ期限附ノ債權ニ付テハ其期限ハ消滅スヘキモノトシ直チニ辨濟ヲ得セシメ條件附債權又ハ存續期間ノ不確定ナル債權ニ付テハ裁判所ノ選任シタル鑑定人ニ評價セシメ其評價額ニ從ヒテ辨濟ヲ爲ス

ヘキモノト定メタリ此規定ハ相續人及ヒ債權者ノ利益ヲ害スルコト少クシテ而モ清算ノ完了ヲ速カナラシムルヲ得ルカ故ニ相當ノ規定ナリト謂フヘシ
限定承認者カ債權者ニ先チテ受遺者ニ辨濟シタルカ又ハ第一千三十一條及ヒ第一千三十二條ニ定メタル規定ニ違背シタル辨濟ヲ爲シタルトキ之カ爲メニ他ノ債權者又ハ受遺者ヲ害スルニ於テハ其損害ヲ賠償セサルヘカラス限定承認者カ此等ノ規定ニ違背シタルコトヲ知リテ辨濟ヲ受ケタル債權者又ハ受遺者モ亦他ノ債權者又ハ受遺者ノ求償アリタルトキハ償還ヲ爲スノ義務アリ此場合ニ於ケル損害賠償權モ不法行為ニ因ル債權ノ時効ト同一ノ時効ニ因リ消滅ス法律ハ債務ノ履行ニ關シテハ以上述べタル如キ規定ヲ爲セトモ遺贈ノ辨濟ニ關シテハ債務ニ先チテ辨濟ヲ爲スヘカラスト爲ス外殆ト何等ノ規定ヲ爲サス然レトモ第一千三十一條ノ規定ノ如キハ遺贈ノ辨濟ニ付テモ之ヲ準用スヘキモノト信ス何トナレハ限定承認者カ其義務ノ辨濟ヲ爲スニ付テハ債權者ニ對スルト受遺者ニ對スルトニ依リテ異ナル理由ナケレハナリ故ニ期間内ニ請求ノ申出ヲ爲サナリシ受遺者ニ對シテモ其知レタル受遺者ニ對シ辨濟ヲ爲サザル

ヘカラス又相續財産ニシテ總テノ遺贈ヲ辨済スルニ足ラサルトキハ之ヲ遺贈ノ額ニ按分シテ辨済ヲ爲スヘキモノナリ然レトモ第一千三十二條ニ至リテハ之ヲ遺贈ニ準用スルコトヲ得ス何トナレハ同條ハ單ニ辨済ノ方法ヲ定メタルモノニ非スシテ權利其モノニ關スル規定ナルカ故ニ明文以外ニ敷衍スルコト能ハサル規定ナレハナリ

(キ)期間内ニ請求ノ申出ヲ爲サザリシ債權者及ヒ受遺者ニシテ限定承認者ニ知レザリシ者ノ權利 期間内ニ申出ヲ爲サザリシ者ト雖モ限定承認者ニ知レタル者ニ對シテハ辨済ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ後日ニ至リ請求ヲ爲スコトナシト雖モ限定承認者ニ知レタル者ハ辨済ヲ受クルコトナキカ故ニ限定承認者カ債權者及ヒ受遺者ニ辨済ヲ爲シタル後ニ至リ辨済ノ請求ヲ爲シタルトキハ如何ナル取扱ヲ受クヘキヤ立論トシテハ斯ル場合ニハ種種ニ之ヲ規定スルコトヲ得其一ハ此ノ如キ者ハ全ク請求權ナシト定ムルコトヲ得然レトモ債權者又ハ受遺者ハ既ニ相續人ヨリ辨済ヲ受クヘキ權利ヲ有スル者ナリ義務者カ公告ヲ以テ定メタル期間内ニ請求ノ申出ヲ爲サザリシ故ヲ以テ全ク其權利ヲ

失ハシムルハ當ヲ得タルモノノ如シ法律ハ期間内ニ申出ヲ爲ササル者ト雖モ限定承認者カ知リタルトキハ辨済ヲ爲ササルヘカラスト規定セリ限定承認者カ知リタルカ爲メニ辨済ヲ受ケ知ラザリシカ爲メニ辨済ヲ受クルコトヲ得スト爲スハ偶然ノ事由ニ因リ權利ノ消長ヲ爲シタルモノニシテ十分ノ理由ナシ故ニ此主義ヲ是認スルヲ得ス其二ハ第一ノ主義ト正反對ニシテ殘餘財産ニシテ其請求ニ應シ得ヘキトキハ其請求ニ應セサルヘカラストモ若シ不足ナルトキハ後ニ現ハレタル者カ債權者ナレハ全部ノ辨済ヲ取消シ更ニ辨済ヲ爲ササルヘカラスト後ニ現ハレタル者カ受遺者ナレハ債權者ニ爲シタル辨済ハ確定シテ動カスヘカラストモ受遺者ニ爲シタル辨済ヲ取消シ更ニ辨済ヲ爲ササルヘカラスト爲ス主義ナリ然レトモ既ニ一定ノ期間ヲ定メテ債權及ヒ遺贈ノ申出ヲ爲スヘキコトヲ定メ且ツ其期間ノ満了スルトキハ辨済ヲ爲スヘキモノト定メタルニ拘ラス尙ホ期間後ニ請求ヲ爲シタル者アリカ爲メ全體ノ辨済ヲ無効ト爲スハ清算ノ完了ヲ速カトシムルカ爲メニ期間ヲ定メテ催告ヲ爲サタル法律ノ精神ヲ沒了スルモノナリ其三ハ稍第二ノ主義ト相似タリ即チ殘

餘財產ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルトキハ之ヲ以テ辨濟ヲ爲シ若シ殘餘財產カ辨濟ヲ爲スニ足ラサルトキ後ニ現ハレタル者債權者ナルトキハ債權者ニ爲シタル辨濟ヲ取消スコトヲ得サルモ受遺者ニ爲シタル辨濟ハ之ヲ取消シ其財產ヲ以テ先づ債權者ニ辨濟シ面シテ後受遺者ニ辨濟スヘク若シ後ニ現ハレタル者カ受遺者ナルトキハ何レノ辨濟ヲモ取消スコトヲ得スト爲スモノナリ此主義ハ常ニ債權ハ遺贈ニ先タサルヘカラスト云フ主義ヨリ出テタルモノナリ然レトモ一旦辨濟ノ取消ヲ爲ストキハ受遺者ノ利益益頗ル大ナルカ故ニ期限満了後ニ至リ此ノ如キコトヲ許スハ穩當ナリト謂フヲ得ス其四ハ後ニ出テタル者ハ唯殘餘財產アルトキハ之ニ付テノミ權利ヲ行フコトヲ得ルモノニシテ既ニ爲アレタル辨濟ニ對シテハ之カ取消ヲ求ムルコトヲ得スト爲スモノナリ是レ我民法ノ採用スル所ナリ此主義ハ法律カ相續人ヲシテ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シ以テ相續財產ノ清算ノ完了ヲシテ速カナルヲ得セシムル精神ヲ失ハス而モ又苟モ相續財產ノ存スルニ於テハ債權者及ヒ受遺者ニ其權利ヲ行フコトヲ得セシムルモノナルカ故ニ最モ穩當ナル主義ト謂ハサルヘカラスト即チ我民法

ノ規定スル所ニ依レハ後ニ現ハレタル債權者及ヒ受遺者ハ殘餘財產ナキトキハ何等ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモ殘餘財產ノ存アルトキハ其限度ニ於テ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ而シテ第一千三十七條ニ所謂殘餘財產トハ相續人ノ手ニ現ニ存スル財產ノ謂ニ非スシテ相續財產中債權者及ヒ受遺者ニ辨濟シタル殘額ノ謂ナリ故ニ相續人ハ其殘額ヲ消費シ既ニ之ヲ有セサル場合ト雖モ其額ニ付テハ辨濟ノ義務アルモノナリ又第一千三十七條ハ唯其權利ヲ行フコトヲ得トノミアリテ如何ナル順序如何ナル割合ニ於テ辨濟ヲ得ルカノ規定ナシト雖モ無論第一千三十一條乃至第一千三十三條ノ規定ニ依ルヘキモノト信ス期間内ニ申出ヲ爲サザリシ債權者ニシテ限定承認者ニ知レザリシ者ハ殘餘財產ニ付テノミ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモ相續財產中擔保ヲ有スルトキハ其目的物ノ價額ニ付テハ優先權ヲ有スルカ故ニ其價額ハ既ニ辨濟ヲ受ケタル債權者又ハ受遺者ヨリ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

第三節 拋棄

第一 拋棄ノ效力

相續ノ拋棄トハ相續人カ法律ノ定メタル效力ヲ拒否スル意思ヲ表示スルヲ謂フ法律ノ定メタル效力發生スルコトナシトスレハ其者ハ相續ニ關シテ無關係者ト爲ルモノナルカ故ニ相續ノ拋棄トハ相續人カ相續人タルコトヲ辭スルモノナリト謂フコトヲ得而シテ第一千三十九條ニ依レハ拋棄ハ相續開始ノ時ニ遡リテ效力ヲ有スルカ故ニ相續ノ拋棄アリタルトキハ拋棄者ハ相續開始ノ時ヨリ全ク相續人ニ非サリシモノト視サルヘカラス其結果トシテ左ノ事項ヲ生ス

(イ) 拋棄ヲ爲シタル相續人ハ相續財産ヲ取得セス又相續上ノ義務ヲ負擔スルコトナシ

(ロ) 拋棄者ト被相續人トノ間ニ存セシ權利義務ハ消滅スルコトナシ

(ハ) 拋棄者カ被相續人ヨリ受ケタル贈與ノ價額ハ相續分ノ清算ニ加算セラレス

(ニ) 拋棄者ハ第一千九條ニ依リテ相續分ヲ讓受クル權利ナシ

(ホ) 拋棄者ノ相續分ハ若シ拋棄者カ相續人ナラザリシナラハ相續スヘカリシ者ニ歸屬ス故ニ相續人一人ナリシ場合ニ於テ拋棄ヲ爲ストキハ相續ニ關シテ

ノ順位ニ在ル者カ相續ヲ爲スヘク相續人多數ナル場合ニ於テ其一人カ拋棄ヲ爲シタルトキハ他ノ共同相續人ハ始ヨリ其者カ存在セザリシ場合ト同一ノ相續分ヲ得ヘキモノトス第一千三十九條第二項カ拋棄者ノ相續分ハ他ノ相續人ノ相續分ニ應ジテ之ニ歸屬スト規定セルハ即チ是ナリ而シテ相續分カ歸屬スル以上ハ義務モ亦其割合ニ應ジテ之ニ歸屬スヘキハ言フ俟タサル所ナリ

玆ニ注意スヘキハ相續分ヲ拋棄シタル者ハ相續人ニ非タルモノト看做サルルト雖モ之ニ因リテ相續權ヲ失ヒタルモノト謂フヲ得サルコト是ナリ相續權ヲ失フトハ相續ニ關スル決意ヲ爲スコトヲ得サルノ謂ナリ相續ノ拋棄ハ即チ相續ニ關スル決意ナリ拋棄者ハ其有スル相續權ニ基キ相續ノ拋棄ヲ爲シタルニ依リ相續人ニ非サルニ至リシナリ故ニ之ヲ以テ相續權ヲ失ヒシ者ト謂フコトヲ得ス隨テ拋棄者ノ直系卑屬ハ他ノ相續人ナキカ爲メニ自己ノ順位ニ於テ相續人ト爲ル場合ハ格別第九百九十五條ノ規定ニ依リテ拋棄者ノ順位ニ於テ遺産ヲ相續スルコトヲ得サルナリ

第二 拋棄ノ手續

相續人ノ何人ナルヤハ相續債權者及ヒ受遺者ニ大ナル關係ヲ有ス加之相續人カ拋棄ヲ爲スト否トハ其共同相續人又ハ相續ニ付テ次ノ順位ニ在ル者ノ權利ニ影響ヲ及ホスコト少カラス故ニ相續ノ拋棄ハ利害關係人ヲシテ容易ニ其事ヲ知ルヲ得且ツ確實ニ其證據ヲ遺ス方法ニ依リテ之ヲ爲ササルヘカラス是レ第一千三百八十八條カ相續ノ拋棄ヲ爲サントスル者ハ其旨ヲ裁判所ニ申述スルコトヲ要スト爲シタル所以ナリ而シテ非訟事件手續法ニ依レハ其裁判所ハ相續開始地ノ區裁判所ト爲セリ故ニ利害關係人ハ相續開始地ノ區裁判所ニ付テ觀レハ相續人カ拋棄ヲ爲シタルヤ否ヤハ直チニ之ヲ知ルヲ得ヘシ法律ハ拋棄ノ手續トシテ第一千三百八十八條ノ規定ヲ爲スニ止マルカ故ニ相續人ハ拋棄ヲ爲ス旨ヲ裁判所ニ申述スレハ可ナリ限定承認ノ如ク別ニ公告通知等ノ方法ヲ爲スノ要ナシ

第三 拋棄者ノ義務

拋棄者ハ拋棄ヲ爲スト共ニ相續ト關係ヲ絶ツモノナルカ故ニ拋棄後ノ相續ニ關シ何等ノ義務ヲ負擔セス然レトモ拋棄ヲ爲ス當時ニ於テハ現ニ相續財産ノ

管理ヲ爲スモノナルカ故ニ其管理ハ拋棄ニ因リ相續人ト爲リシ者カ相續財産ノ管理ヲ始ムルヲ得ルニ至ルマテ之ヲ繼續スルノ義務アリ蓋シ義務ナクシテ他人ノ事務ヲ管理スル者スラ尙ホ本人カ管理ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルマテ其管理ヲ繼續スル義務アルモノナルカ故ニ法律ニ從ヒテ管理ヲ開始シタル相續人カ拋棄ヲ爲シテ相續人タラサルニ至ルモ其者ノ拋棄ニ因リ相續人ト爲リシ者カ管理スルヲ得ルニ至ルマテ之カ管理ヲ繼續セシムルハ當然ノコトト謂ハサルヘカラス而シテ此場合ニ於テ拋棄者ニ管理繼續ノ義務ヲ負ハシメタルハ拋棄ニ因リ相續人ト爲リシ者ノ利益ヲ保有スル爲メニ必要上法律ノ命シタルモノナルカ故ニ其注意ノ程度ハ拋棄前ニ於ケル注意ト同一ナラシムルコト妥當ナリ故ニ第一千四百條ニ自己ノ財産ノ管理ニ於ケルト同一ノ注意ヲ用フヘキモノトセリ

第一千四百條ハ其拋棄ニ因リテ相續人ト爲リタル者カ相續財産ノ管理ヲ始ムルコトヲ得ルマテト曰フカ故ニ此條文ハ拋棄ニ因リ新ニ相續人ト爲ル者ノ生シタルシ場合ニ限り適用セラルルカ如シ故ニ相續人カ多數ナル場合ニ於テ其一人

カ拋棄ヲ爲シ其者ノ相續分カ他ノ相續人ニ歸屬スルノミニシテ新ニ相續人ト爲ル者ノ生セサルトキハ第四十條ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非サルカ如ク然リ實ニ拋棄者カ他ノ相續人ト共同シテ管理ヲ爲シタル場合ニ於テハ然リト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ從來拋棄者ノミニテ相續財産ノ管理ヲ爲シ他ノ共同相續人ハ管理セザリシ場合ニハ右ノ如ク斷定スルコトヲ得ス即チ他ノ共同相續人カ管理ヲ始ムルコトヲ得ルニ至ルマテ拋棄者ニ於テ管理ヲ繼續ヒサルヘカラス何トナレハ管理ノ義務終了シタルトキハ代リテ管理ヲ爲ス者カ管理ヲ始ムルコトヲ得ルニ至ルマテ其管理ヲ繼續セサルヘカラサルコトハ法理ノ當然ニシテ特ニ明文ヲ缺タサル所ナレハナリ尙ホ第六百四十五條第六百四十六條第六百五十條第一項第二項及ヒ第一千二百一十一條第二項第三項ノ規定ハ此場合ニ準用セラルルモノナリ

第四章 財産ノ分離

相續上ノ權利義務ハ相續ニ因リテ總テ相續人ニ移轉スルモノナルカ故ニ相續

カ開始シタル後ハ被相續人ノ債權者ハ相續人ノ總財産ニ對シテ相續人ノ債權者ト同様ニ債權ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘク相續人ノ債權者ハ相續財産ニ對シテモ亦被相續人ノ債權者ト同様ニ其債權ノ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノナリ然ルニ被相續人ノ債權者ハ被相續人ヲ信用シテ其總財産ニ依リテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシト信シタルニ一朝相續カ開始シタル爲メニ相續人ノ債權者マテモ被相續人ノ財産ニ就テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ至ルトキハ甚シク其利益ヲ害セラルルコトナシトセス相續人ノ債權者ノ側ヨリ觀ルモ亦然リ自己ノ債權ノ擔保ト信シタル相續人ノ總財産ニ就テ俄ニ被相續人ノ債權者ト同一ニ辨濟ヲ受クルニ至リテハ其迷惑カラス故ニ法律ハ相續權利者及ヒ相續人ノ債權者ノ利益ヲ保護スル爲メニ相續財産ト相續人ノ固有財産トヲ分離セシメテ互ニ其權利ノ擔保ト爲シタル財産ニ付テハ他ノ者ニ先テテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキモノト爲シタル財産ノ分離ハ相續權利者ヨリ之ヲ請求スルコトヲ得ヘク又相續人ノ債權者ヨリモ之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

甲 相續債權者及ヒ受遺者ヨリ請求スル場合

(4) 財産分離ノ效力 財産分離ノ效力ハ相續財産ト相續人ノ固有財産トノ間ニ混合ヲ生ゼシメス隨テ相續權利者ハ相續財産ニ付テ先ツ辨済ヲ受ケ其辨済ヲ受クルコトヲ得サル場合ニ限り相續人ノ固有財産ニ就テ其權利ヲ行フコトヲ得ルニ在リ但シ相續財産ニ就テ先ツ辨済ヲ受ケタル相續債權者及ヒ受遺者カ相續人ノ固有財産ニ就テ權利ヲ行フ場合ニハ相續人ノ債權者ハ其者ニ先テ其財産ヨリ辨済ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ財産ノ分離アリタルトキハ相續債權者及ヒ受遺者ハ總テ相續財産ニ就キ先ツ辨済ヲ受クル權利ヲ得ルモノニ非ス此權利ヲ有スル者ハ唯分離ノ請求ヲ爲シタル者及ヒ配當加入ノ申込ヲ爲シタル者ニミ限ル蓋シ財産ノ分離ハ全ク相續權利者ノ利益ヲ保護スル爲メニ設ケタル規定ナルカ故ニ利益ヲ受ケンコトヲ申出ラサル者ニ對シテハ其效力ヲ及ホスノ必要ナシ然レトモ右ノ如キ相續權利者ハ相續人ノ固有財産ニ付テハ相續人ノ債權者ト同等ノ權利ヲ有スルモノナルカ故ニ其結果トシテ相續財産ニ就テ先ツ辨済ヲ受ケタル者ニ對シテハ相續人ノ固有財産ニ付テハ先キニ辨済ヲ受クルノ權利アルモノナリ

財産分離ノ效力ハ相續財産ノ賣却貸貸滅失又ハ毀損ニ因リテ相續人カ受クヘキ金銭其他ノ物又ハ相續人カ相續財産ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニモテモ及ブモノナリ
相續權利者カ財産ノ分離ヲ請求シタル場合ニ於テハ限定承認ノ場合ノ如ク法律ハ相續人カ被相續人ニ對シテ有セル權利義務ハ消滅セラルモノト看做ストノ規定ヲ設ケサルモ財産ヲ分離スト云ヘハ其當然ノ結果トシテ二者ノ間ニ存スル權利義務ハ混同ニ因リテ消滅スルモノニ非スト謂ハサルヘカラサルヲ以テ法律ノ明文ナシト雖モ此效力アルコトハ疑ナシ
(5) 分離請求ノ手續及ヒ請求者ノ義務 財産ノ分離ハ相續開始ノ時ヨリ三箇月内ニ之ヲ裁判所ニ請求スヘキモノナリ三箇月ヲ經タル後ニテモ相續人カ相續財産ノ占有ヲ爲ササルカ爲メニ未タ其固有財産ト混合ヲ生ゼサル間ハ相續權利者ハ之カ請求ヲ爲スコトヲ得裁判所ニ請求ストハ訴ノ方法ヲ以テ相續人ヲ對手トシテ起訴スルモノナリ非訟事件手續法第六十七條カ財産分離ノ請求ニ付キ第一審ニ於テ訴ヲ受ケタル裁判所トアルヲ見テモ起訴ノ方法ニ依ルヘキ

ハ明カナリ
裁判所ニ於テ財産ノ分離ヲ命シタルトキハ其請求ヲ爲シタル者ハ五日內ニ財産分離ノ命令アリシコト及ヒ相續債權者及ヒ受遺者ハ一定ノ期間內ニ配當加入ノ申込ヲ爲スヘキコトヲ公告セサルヘカラス、且ツ相續財産中ニ不動産アリタルトキハ財産分離ノアリタルコトヲ登記セサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(ハ)相續人ノ權利義務 財産分離ノ請求又ハ其命令ノアリタルトキハ相續人ニハ次ノ如キ權利義務ヲ生スルモノナリ

一 相續人ハ其固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財産ノ管理ヲ爲ササルヘカラス但シ相續人ニ財産ヲ管理セシムルトキハ相續權利者ノ利益ヲ害スト認ムル場合ニ於テハ裁判所ハ何時ニテモ相續財産管理上必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得此ノ如キ場合ニ於テハ裁判所ハ多クハ特ニ管理人ヲ命シテ之ヲシテ管理ノ任ニ當ラシムルナルヘシ而シテ裁判所カ管理人ヲ命シタルトキハ其者カ管理ヲ爲シ得ル時ヨリ相續人ハ管理ノ義務ヲ免ル

宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得トノ説ヲ採ル者ハ第二百九十七條ノ身分上ノ關係アル者ト雖モ之ニ宣誓セシメシテ參考ノ爲メ訊問スル場合ニハ當事者ハ之ヲ忌避スルコトヲ得ス隨テ又此者カ證人トシテ一旦忌避セラレタルトキト雖モ向ホ之ヲ參考ノ爲メ訊問スルハ差支ナシト論スレトモ是レ其根本ノ議論ノ誤レルヨリ生スル結果ナリ既ニ右ノ者ニハ決シテ宣誓セシムルコトヲ得スシテ常ニ參考ノ爲メニ訊問スルコトヲ得ルノミトセハ右ノ如キ區別ヲ生スルコトアルヘカラス
證人ノ忌避ノ申請ハ或ハ書面ヲ以テシ或ハ口頭ヲ以テスルコトヲ得ヘシ而シテ其條件トシテハ忌避ノ原因タル關係ヲ説明セサルヘカラス又其時期ニ關スル制限ハ原則トシテハ其證人ノ訊問前ニ於テ爲スニ在リ其訊問ノ始マリタル以後ハ忌避ノ權ヲ拋棄シタルモノト看做サル然レトモ例外トシテ證人訊問前ニ忌避ノ原因ヲ主張スルヲ得サリシコトヲ説明スルトキハ其訊問ヲ始メタル後ト雖モ猶ホ忌避ノ申請ヲ許ス此場合ニハ固ヨリ忌避ノ權利ヲ拋棄シタルト推測ヲ生セサレハナリ故ニ證人ノ訊問前ニ忌避ノ原因ヲ知ルコト能ハサリ

シ場合若クハ其訊問多數回ノ期日ニ涉リ訊問ヲ始メテ未タ終ラサル間ニ忌避ノ原因ヲ生シタル場合ノ如キハ訊問開始後ニ於テモ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘレ第三〇四條忌避ノ申請ノ正當ナル場合ニ於テハ忌避ノ原因ノ生シタル後ニ爲シタル證人訊問ノ無効ニ歸スルハ勿論ナリ
忌避ノ申請ニ付テハ裁判ハ口頭辯論ヲ經スルヲ爲スコトヲ得ル決定ヲ以テ之ヲ爲ス忌避ノ原因アリトスル裁判ニ對シテハ不服申立ヲ許サスト雖モ其原因ナシト宣言スル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得此即時抗告ハ別段ノ明文ナキヲ以テ當然執行ヲ停止スルノ效力ナシ隨テ裁判所ハ右不服ノ申立アリタルトキト雖モ第四百六十條第二項第三項ノ場合ノ外ハ忌避セラレタル證人ノ訊問ヲ續行スヘキモノトス(第三〇五條第四六〇條)
舉證者ハ其申出タル人證ニ付テ相手方カ忌避ノ申請ヲ爲シタルト否トヲ問ハス之ヲ必要ナラスト考ヘタルトキハ其證據方法ヲ拋棄スルコトヲ得而シテ其證人訊問ノ開始以前ニ在リテハ右拋棄ハ全ク舉證者ノ隨意ニシテ相手方ノ承諾ヲ要セサレトモ既ニ訊問ヲ開始シタル後ニ於テハ相手方ノ承諾ヲ經テ其

ヘカラス(第三二〇條)蓋シ其證人訊問ノ結果却テ舉證者ニ不利益ニシテ相手方ニ利益ナル證言ヲ生スルコトモアルヘク而シテ斯ル證言ノアリタルトキハ總テノ證據ニ關スル原則上相手方ハ固ヨリ之ヲ援用スルコトヲ得ヘキカ故ニ一旦舉證者カ申出タル證人ノ訊問ニ著手シタルニ拘ラス其拋棄ヲ舉證者ノ隨意ニ委スルモノトセハ法律ニ由リテ相手方ノ得ヘキ利益ヲ害スルモノト謂ハタルヘカラス勿論相手方ハ舉證者カ其申出タル人證ヲ拋棄シタル後ト雖モ更ニ其訊問ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ爲メニ訴訟ノ遲延ヲ來スノ恐アルノミナラス又其證人カ前ニ爲シタル供述ヲ變更スルヤモ測リ難シ是レ人證ノ拋棄ニ右ノ如キ制限ヲ設ケタル所以ナリ
舉證者カ第一審ニ於テ一旦拋棄シタル證人ハ第二審ニ於テ更ニ其訊問ノ申出ヲ爲スコトヲ得ルハ第四百十五條ノ解釋ニ依リテ推知スルコトヲ得ヘシ次ニ證人ハ訊問期日ノ終リタル後直チニ旅費日當ノ拂渡ヲ請求スルノ權アルコト其支拂ノ爲メニ舉證者カ第二百八十八條ノ規定ニ依リ豫納シタル金額カ不足スルトキハ裁判所ノ職權ヲ以テ其不足額ヲ取立ツヘキコトハ第三百二十

一條ニ規定スル所ナリ
終ニ附言スヘキハ舊民法證據編第六十條ニ依レハ佛國ノ法律ニ倣ヒテ法律行爲ヨリ生スル利益カ金額五十圓ヲ超過スルトキハ人證ニ依リテ之ヲ證スルコトヲ許ササルヲ原則トセリ然レトモ今日ノ法律ニ於テハ此ノ如キ制限アルコトナシ唯民事訴訟法ノ規定中證書訴訟爲替訴訟ニ於テ人證ヲ許ササルノ特例アルノミ(第四八四條第四八七條第四九四條參照)

第二項 鑑定

鑑定トハ係争事實ニ付キ特別ノ智識ヲ有スル第三者カ陳述スル意見ヲ謂フ故ニ鑑定人ト爲ルニハ證人ニ於ケルト同シタ當事者ニ非サル第三者タルヲ要ス然レトモ鑑定人ハ證人ノ如ク自己ノ實驗シタル事實ヲ單ニ其記憶ニ依リ陳述スル者ニアラスセテ特別ノ智能ニ依リ或係争事實ニ付キ自家ノ意見ヲ以テ判斷ヲ下スモノナリ是レ即チ證人ト鑑定人トノ性質上ノ差異ナリ凡ソ係争事實ニシテ先ツ其眞否ヲ知ルニアラサレハ判決ヲ下スコト能ハサルモノハ必ズ裁判

所ニ於テ之カ判斷ヲ下ササルヘカラス若シ其眞否ノ判斷ニ付テ特別専門ノ智識ヲ要スル場合ニ於テ偶裁判官カ之ヲ判斷スルニ足ル丈ノ智識ヲ有スルトキハ鑑定ノ必要ナシト雖モ然ラサルトキハ其智識ヲ有スル者ヲ鑑定人トシテ意見ヲ陳述セシメ判斷ヲ爲スノ參考ニ供スルノ必要アリ即チ此場合ニ於テハ裁判官ハ係争事實ノ判定ニ付キ鑑定人ヲシテ己ヲ補助セシムルコトヲ得ルモノトス鑑定ハ證據方法ナリヤ否ヤノ點ニ付テ學者間ニ議論アリ或ハ鑑定人ハ人證ノ一種ニシテ純粹ノ證據方法ナリト唱フル者アリ其說ニ依レハ證人ハ其實驗シタルコトヲ述ヘ鑑定人ハ其意見ヲ陳フルノ差異アルノミニシテ其陳述カ第三著ノ陳述トシテ證明ノ材料ト爲ル點ニ至リテハ少シモ相異ナル所ナシ故ニ性質上之ヲ同一視スルコトヲ得ト或ハ其反對ニ鑑定人ハ裁判官ノ補助ニ過キサルモノニシテ其意見ヲ陳述セシムルハ證據方法ニ非スト説ク者アリ或ハ又鑑定ハ裁判官ノ判斷ノ補助タルト證據タルトノ二性質ヲ併有スルモノナリト唱フル者アリ今我民事訴訟法ノ總則(第一百十七條)ニ依レハ裁判所ハ職權ヲ以テ鑑定ヲ命スルコトヲ得即チ裁判官ハ或事實ノ眞否ニ付キ自己ノ智識ノミヲ

以テハ判斷ヲ下シ難キ場合ニハ當事者ノ申立ヲ待タシメテ鑑定人ヲ任命シ鑑定ヲ爲サシメ之ヲ參考ニ供スルコトヲ得換言スレバ裁判官ハ鑑定人ノ智識ヲ以テ己ノ智識ヲ補フコトヲ得ルモノナリ此點ヨリ觀レバ鑑定人ハ裁判官ノ補助ヲ爲スモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ又他ノ方面ヨリ法律ノ規定ヲ觀察スレバ鑑定ハ之ヲ證據方法中ニ列シテ第三百二十二條以下ニ規定シ其別段ノ規定ノ外人證ノ規定ヲ準用スルコトト爲シ尙ホ第三百二十三條ヲ以テ鑑定ノ申出ヲ當事者ニ許セリ而シテ其鑑定ノ結果ヲ信用スルト否トハ一ニ裁判官ノ心證如何ニ由リテ定マルモノナリト雖モ是レ總テノ證據方法ニ於テモ同様ニシテ若シ裁判所カ鑑定ヲ以テ正當ナリトスルトキハ係爭事實ニ關スル證明ノ材料ト爲ルハ勿論ナリ故ニ當事者ハ自己ノ主張スル事實ヲ證明スル爲メ鑑定ノ申出ヲ爲シ之ニ依リテ利益ナル判斷ヲ受クルコトヲ得ヘシ此點ヨリ觀レバ鑑定ノ申出ハ一ノ證據方法ナリト謂フモ決シテ不可ナシト信ス或ハ當事者カ鑑定ノ申立ヲ爲スモ裁判所ニ於テ其必要ナシトスルトキハ之ヲ命スルニ及ハサルコト其他鑑定人ノ選定其員數ノ指定ハ裁判所ニ於テ爲スコト又裁判所ハ

職權ヲ以テ再鑑定ヲ命スルコトヲ得ルコト等ノ規定アルヲ以テ鑑定ヲ證據方法ニ非ストスルノ論據ト爲ス者アレトモ凡ソ必要ナラザル證據ハ裁判所ニ於テ取調フルニ及ハサルコトハ何レノ證據ニ於ケルモ同一ニシテ唯リ鑑定ニ限ラス又法律カ鑑定人ノ選定ヲ裁判所ニ爲サシムルハ其裁判官ノ補助タルカ故ノミニアラス又決シテ鑑定ヲ證據方法ニアラセト爲シタルカ爲ニアラスシテ特別ノ智識ヲ有スル者ヲ選定セシムルニハ當事者ニ比シ裁判所ヲ適當ナリト認メタルニ由ル其員數ヲ定ムル如キモ亦右ト牽連スル事項ナルノミニナラス已ニ證據調ノ限度ハ裁判所ニ於テ定ムヘキノ原則アル以上ハ初ヨリ裁判所ヲシテ之ヲ定メシムルモ敢テ怪ムヘキニアラス然ラハ則テ右ノ規定ハ未ダ鑑定ヲ以テ證據方法ニアラストスルノ憑據ト爲スニ足ラス況ヤ別ニ當事者ハ合意ヲ以テ鑑定人ヲ定ムルコトヲ得而シテ裁判所ハ其合意ニ從ハサルヘカラサルノ規定アリテ常ニ鑑定人ハ裁判所ノ選定スルモノナリト謂フコト能ハサルニ於テヤ又裁判所カ再鑑定ヲ命スルコトヲ得ル規定ノ如キモ鑑定ノミニ限レル特別ノ規定ニアラス證人ノ再訊問モ亦裁判所ニ於テ必要トスルトキハ何時ニ

ヲモ之ヲ命スルコトヲ得要スルニ右等ノ規定ハ鑑定ヲシテ證據方法タルノ性質ヲ失ハシムルニ足ラスシテ反テ他ノ證據方法ニモ共通ノモノアリ惟フニ鑑定ヲ以テ證據方法ナリト謂ヒ又ハ裁判官ノ判斷ノ補助タルニ過キスト爲スハ各其觀察ノ點ヲ異ニシタル結論ニシテ此二ツノ觀念ハ決シテ相容レサルモノニアラス裁判官カ事實ノ判斷ヲ爲スニ際シ鑑定人ノ鑑定ヲ參考トシ己ノ智識ヲ補足スル點ヨリ觀レハ鑑定ハ即チ裁判官ノ判斷ノ補助ト爲リ又當事者カ鑑定ノ申出ヲ爲シ之ヲ以テ自己ノ主張スル事實ヲ證明スルノ具ト爲ス點ヨリ觀レハ一ノ證據方法タルコト蓋シ疑ナカルヘシ故ニ其一ニ偏スルハ其ニ非ニシテ此相容ルヘカラサルニアラサルニ性質ノ併存ヲ認ムルハ決シテ不當ニアラサルナリ

鑑定ニ付テハ別段ノ規定ナキ限リハ人證ノ規定ヲ準用スヘキハ第三百二十二條ノ定ムル所ナリ今鑑定ニ關スル特別ノ規定ヲ舉クレハ左ノ如シ

(一) 鑑定人ト爲ルヘキ義務ハ證人ニ於ケルカ如ク一般人民ニ及ボサスレバ或特定ノ者ニシテ之ヲ負ハシム蓋シ證人ハ其實驗シタルコトヲ陳述スヘキモ

ノニシテ他人ヲシテ之ニ代ラシムルコトヲ得ス隨テ此實驗アル者ハ其智識ノ如何ヲ問ハス何人ニ限ラス證言ノ義務アリトスルハ當然ナリ然レトモ鑑定人ニ至リテハ特別ノ智識ヲ有スル者ニアラザレハ之ヲ爲スコトヲ得ス隨テ其義務ヲ負フ者ヲ限定スルハ自然ノ數ナリ即チ法律上鑑定ノ義務アリトシテ第三百二十六條ニ掲ケラレタル者左ノ如シ

イ 必要ナル種類ノ鑑定ヲ爲ス爲メニ公ニ任命セラレタル者は是レ豫テ鑑定人トシテ任命セラレタル者ニシテ我國ニ於テハ未タ其設置アルヲ聞カス

ロ 鑑定ヲ爲スニ必要ナル學術技藝若クハ職業ニ常ニ従事スル者又ハ學術技藝若クハ職業ニ従事スル爲メニ公ニ任命セラレ若クハ授權セラレタル者

例ヘハ公私ノ教員技術者醫師藥劑師等ノ類是ナリ

ハ 前二項ニ屬セサル者ニシテ鑑定ヲ爲スヘキ旨ヲ裁判所ニ於テ述ヘタル者

(二) 鑑定人ト爲ルノ義務アル者カ其義務ニ違背シタルトキハ費用ノ賠償ト罰金ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ルモ之ヲ拘引スルヲ得ス(第三二八條勿論鑑定ノ義務

務ヲ有スル者ハ證人ニ於ケルト同シク出頭ノ義務ト鑑定ノ義務トアリ故ニ
合式ニ呼出ヲ受ケテ故ナク出頭ノ義務ヲ怠リ又々出頭スルモ故ナク鑑定ヲ
拒ムトキハ其制裁ヲ受ケサルヘカラス其他鑑定人ノ出頭義務ノ免除鑑定ノ
拒絕ニ付テハ人證ノ規定ヲ準用スヘキモノトス

(三) 官吏、公吏ハ其所屬廳ニ於テ異議アルトキハ鑑定人トシテ訊問スルコトヲ
得ス第三二七條第二項此規定アル所以ハ官廳公署ノ事務ニ差支ヲ生スルコト
又時トシテハ鑑定ノ結果其信用ヲ傷害スルノ恐アルコトヲ慮リタルモノニシ
テ尙ホ又鑑定人ハ證人ト異ナリ通常一旦選定シタル者ニ其他ノ人ヲ以テ代フ
ルコトヲ得ルヲ以テナリ此他官吏、公吏ヲ鑑定人トシテ其職務上ノ秘密ニ涉
ル事項ヲ訊問スルニ付テハ所屬廳ノ許可ヲ求メサルヘカラサルハ勿論ナリ
鑑定ノ申出ヘ鑑定スヘキ事項ヲ表示シテ爲スモノトス(第三二三條鑑定ノ
申出ニ付キ鑑定事項ヲ表示スヘシトハ寧ロ鑑定ニ特別ナル規定ニアラスシ
テ人證申出ニ關スル規定ノ一部ノ準用ヲ示スニ過キサザルモノノ如クナレト
モ人證ノ申出ハ證人ヲ指名スルコトヲ要件トスルニ反シ鑑定人ノ選定ハ原

則トシテ裁判所ノ職權ニ屬スルノ故ヲ以テ茲ニハ鑑定事項ノ表示ノミヲ以
テ足レリトスルノ意ヲ示シタルモノナリ

(五) 鑑定人ノ選定及ヒ其員數ノ指定ハ受訴裁判所ノ職權ヲ以テ鑑定ヲ命スル
ト當事者ノ申立ニ因リテ之ヲ命スルト同ハス受訴裁判所ニ於テ爲スヲ原
則トシ其員數ハ一人ニマテ制限スルコトヲ得又受訴裁判所ハ何時ニテモ一
旦選定シタル鑑定人ヲ他ノ者ニ代フルコトヲ得第三二四條第一項

(六) 裁判所ハ適當ナル鑑定人ヲ指名スヘキ旨ヲ當事者ニ催告スルコトヲ得第
三二四條第二項但シ當事者カ其催告ニ從ヒ鑑定人ト爲スヘキ者ヲ指名シタ
ルトキト雖モ裁判所ハ之ニ羈束セラレ必ス其者ヲ任命セサルヘカラサルニ
アラス他ニ適當ナル者アルヲ發見シタルトキハ固ヨリ之ヲ任命スルコトヲ
得ヘキナリ

(七) 當事者ノ合意ヲ以テ鑑定人ヲ定メタルトキハ裁判所ハ其合意ニ從ヒ之ヲ
鑑定人ト爲スヘク此場合ニ於テハ唯裁判所ハ其員數ヲ制限シテ選定セシム
ルコトヲ得ルニ過キス第三二四條第三項但シ鑑定ノ必要ノ有無ヲ判斷スル

結果トシテ法律上相殺ヲ許サタル場合ニ相殺ノ結果ヲ發生スルヲ理由トシテ
差押ヲ許スヘキモノニ非スト主張スル反對說アレトモ採用スルニ足ラス何ト
ナレハ相殺カ法律上許サレタルノ理由ニ因リテ適法ナル他ノ行為ニ因リ同
ナル結果ヲ發生セシムルコトヲ禁シタルモノト認ムルコト能ハザレハナリ第
三債務者カ多數ナルトキ不可分又連帶債務等ハ各債務者ニ對シ差押命令ヲ
送達スルニ依リテ各債務者ニ對シ差押ノ效力ヲ生ス民法第四二九條第四三〇
條第四四〇條債務者及ヒ第三債務者ハ差押命令ヲ發スルコトニ對シテ異議ヲ
申立タルコトヲ得第五四四條又其異議ニ對スル裁判ニ對シ即時抗告ヲ爲スコ
トヲ得第五八條(手續)
差押ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ效力ヲ生ス金錢債權ノ差押ノ效力トシ
テハ
(4) 第三債務者ハ差押命令ノ送達以後有效ニ債務者ニ對シ支拂ヲ爲スコトヲ
得ス然レトモ之カ爲メニ債務者ハ差押債權ニ關スル權利ヲ喪失スルモノニ非
ス適法ナル債權ノ轉付命令ヲ發シタルモノニ依テ差押債權ノ債權者ナリ故

ニ債務者ハ第三債務者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ債權ノ届出ヲ爲シ且
破産債權者トシテノ議決權ヲ行使スルコトヲ得第三債務者カ差押命令ノ送
達アリタルモ差押ノ事實ヲ知ラザリシカ爲メニ差押命令カ補充送達ニ依リテ
送達セラレタル場合ノ如キ債務者ニ對シテ爲シタル支拂其他債務者ト結約シ
タル延期又ハ債務ノ免除等ハ差押債權者ニ對シテ效力ヲ有スルヤ否ヤハ民法
ニ依リテ之ヲ定ム何トナレハ第三債務者ニ對スル禁令及ヒ債務者ニ對スル命
令ハ債權差押ノ形式ヲ定メタルモノニシテ差押ニ附帶シタル民法上ノ效力ヲ
定ムルモノニ非サレハナリ

而シテ余輩ハ民法上ノ原則ニ從ヒテ有效ナリト論決スルヲ正當ト信ス何トナ
レハ第三債務者ハ善意ナルヲ以テナリ第三債務者ハ債權ノ差押アリタルニ因
リテ支拂期ニ達シタル債務ノ支拂ヲ免ルルモノニ非ス債務額ヲ供託シテ債務
關係ヨリ離脱スヘキ義務ヲ負ヒ又權利ヲ有ス是ヲ以テ債權ノ差押ハ債務者カ
第三債務者ニ對シテ債務額ノ供託ヲ爲スヘキコトヲ求ムル訴訟ニ同一ノ目的
ノ爲メニスル強制執行ヲ申立ヲ爲スコトヲ得ルノ妨ト爲ラス何トナレハ法律

ハ差押ニ因リ債務者ニ對シ唯差押債權者ヲ害スル行爲ヲ禁シタルニ止マレハナリ同一ノ理由ニ依リ債務者ハ第三債務者ニ對シ差押債權ニ關スル確證ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第三債務者ハ債務者カ差押アリタルニモ拘ラス支拂ヲ求ムル訴訟ヲ提起シ又ハ差押以前ニ提起シタル支拂ヲ求ムル訴訟ヲ續行シタルトキニ於テ差押アリタルコトヲ理由トシテ原告タル資格ナキコト實體上ノ抗辯ヲ口頭辯論終結マテニ提起スルコトヲ得但シ差押カ第三債務者ニ對シ負擔ヲ言渡シタル判決確定以後ニ於テ行ハレタルトキハ前示ノ抗辯ヲ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ基キ訴ヲ以テ主張シ且ツ民事訴訟法第五百四十七條ノ規定ニ從ヒテ強制執行ヲ避ケタルコトヲ得民事訴訟法第五百五十條殊ニ同條第二ハ此場合ニ適用ナシ何トナレハ該規定ハ強制執行ノ停止ニ關スル裁判ヲ前提ト爲セハナリ故ニ第三債務者ノ差押命令ノ提出ハ執達吏カ執行ヲ停止スルノ效力ヲ生スルモノニ非スシテ却テ第三債務者ノ求ニ依リ債務額ヲ供託スルノ效力ヲ生スルニ過キス(第三債務者ニ對スル差押ノ效力)

(ロ) 債務者ハ差押債權者ノ差押權ヲ害スルニ至ルヘキ債權ノ處分ヲ爲スコト

ヲ得ス隨テ差押債權者ノ差押權ヲ害セサル範圍内ニ於テ差押債權ヲ處分スルコトヲ得ヘシ債務者カ爲シタル差押債權者ノ權利ヲ害スル行爲ハ無効ナルヤ否ヤハ民法ニ依リテ之ヲ定ム余輩ハ法理上無効ナリト論結スルヲ正當ト認ム(デレンブルヒ、バンデクタン)第一卷第二百十七節參照然レトモ差押命令カ未タ第三債務者ニ對シ送達アラサル場合ニ於テハ之ニ反ス何トナレハ未タ差押ノ效力ヲ發セサレハナリ第三取得者カ善意ナル場合モ亦然ラン債務者ニ對スル效力)

(ハ) 差押以前ニ於テ差押債權ニ付キ權利ヲ取得シタル第三者ハ其後ノ差押ノ爲メニ何等ノ不利ヲ被ラサルコトハ敢テ疑ナキ所ナリ然レトモ債務者ニ對スル差押命令ノ送達以前ニ於テ債務者ヨリ差押債權ヲ讓受ケタル者ノ權利ハ債權讓渡ノ通知又ハ之ニ關スル第三債務者ノ承諾以前ニ於テ差押ヲ爲シタル差押債權者ノ權利ニ優先スルコト能ハサルヘシ何トナレハ第三債務者ハ差押命令ノ送達ヲ受ケタル後差押債權者ノ權利ヲ害スル方法ニ於テ債務者ヨリ債權讓渡ノ通知ヲ受ケ又ハ之ヲ承諾スルコト能ハサレハナリ(民法第四六七條又

第三債務者カ債權讓渡ノ通知ヲ受タル以前ニ於テ差押債權者ニ支拂ヲ爲シタルトキハ讓受人ハ其權利ヲ第三債務者ニ有效ニ主張スルコト能ハス何トナレハ讓受人ハ適當ナル時期ニ於テ債權讓渡ノ通知ヲ爲サザリシヲ以テナリ效力

（第五九八條獨逸民事訴訟法第七三〇條）

抵當附（不動産質ヲモ包含ス）金錢債權ヲ差押ヘタル場合ニ於テハ債權者ハ債務者ノ承諾ヲ要セスシテ其債權ノ差押ヲ登記簿ニ記入スルノ權利アリ是レ債權者ノ爲メニ差押ノ效力ヲ擔保物ヲ買受ケタル者ニ對シ對抗スルコトヲ得セシムルカ爲メナリ（民法第三八二條以下）債權者ハ執行裁判所ニ對シテ記入ノ申請ヲ差押命令ノ申請ト同時又ハ其申請以後ニ爲シ裁判所ハ擔保物ノ所有者ニ對シ差押命令ヲ送達セタル後ニ於テ記入ノ手續ヲ實施ス蓋シ擔保物ノ所有者即チ第三債務者ニ對シテ差押命令ヲ送達セサル以前ニ於テハ債權差押ノ效力ナキモノナレハナリ記入手續ノ實施ハ裁判所カ登記判事ニ記入ヲ囑託スルニ依リテ行ヘル（第五九九條獨逸舊民事訴訟法第七三一條同新民事訴訟法第八三〇條）

俸給又ハ此ニ類似スル繼續收入ノ債權ノ差押ハ債權額ヲ限リシテ差押以

後ニ收入スヘキ金額ニ及フモノナリ是レ我民事訴訟法カ獨逸民事訴訟法ト同シテ俸給其他此ニ類似スル繼續收入ヲ以テ全體ノ債權ト爲シ唯其履行カ各時期ニ分レタルモノト認メタルニ由レリ俸給ハ債務ニ對スル報酬ニ非シテ官吏タル地位ニ伴フ生活資料ナリ俸給ニ類似スル繼續收入ハ法規ノ目的ト原因トニ從ヒテ推究スレハ單一ナル法律關係ニ基キ第三債務者カ債務者ニ對シテ每期ニ給付スヘキ債務者ノ收入ナリト謂ハラルヘカラス故ニ恩給金ノ請求終身年金ノ請求養料ノ請求ノ如キハ之ニ屬ス資金ノ支拂ヲ求ムル貸貸人ノ權利ハ契約ノ内容ニ從ヒテ唯一ノ權利ト認ムルコトヲ得ル場合ニ於テハ繼續收入ト爲ルヤ言フ埃タス然レトモ辯護士公證人カ當事者ヨリ受領スヘキ收入醫師カ其醫術ノ應用ヨリシテ受取ルヘキ收入等ハ俸給ニ類似スル繼續收入ト認ムヘカラス何トナレハ該收入ハ繼續的性質ヲ缺クモノナレハナリ公私ノ職務上ノ收入ノ差押ハ以後ノ變更ニ因レル收入ニモ亦及フモノナリ債務者ニ對シ職務上ノ收入ヲ給付スル者即チ第三債務者國家又ハ一人ノ變更ハ新ナル差押行為ヲ必要トス故ニ債務者タル官吏カ會社員ト爲リタル場合ニ於テハ官吏タル

職務上收入ノ差押カ會社員タル職務上ノ收入ニ及ハサルモノトス債務者ト第三債務者トノ間ニ於ケル單純ナル職務關係ノ變更ハ既ニ爲シタル職務上ノ收入ノ差押ニ對シ何等ノ影響ヲ及ボス所ナシ債務者ノ轉官兼任増俸ノ如キ即チ是ナリ故ニ職務上收入ノ差押ハ此等ノ變更ニ因レル收入ニモ亦及フヘキモノタルヤ當然ナリ同一ノ法理ハ恩給ヲ差押ヘラレタル退職官吏カ復職シタル場合若クハ職務上ノ收入ヲ差押ヘラレタル現任官吏カ退職セラレタル場合ニ於テ受領スヘキ職務上ノ收入ニ關シテモ行ハル恩給ノ差押ヲ爲スコトヲ得ルト假定ス第六〇四條第六〇五條

(二) 有體物ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權ニ關シテハ法律上何等ノ區別ナキヲ以テ目的カ占有ノ移轉ナルト損害ノ賠償ナルト目的カ動產ナルト不動產ナルト又請求ノ性質ハ物權的ナルト債權的ナルトニ拘ラス立法的類推上前ニ述ヘタル金錢債權ノ差押ト略々同一ノ手續ニ依リテ差押フヘキモノトス第六一四條獨逸民事訴訟法第七四五條引渡ハ特定物ノ交付ニシテ給付ハ代替物ノ交付ナルコトハ獨逸舊民事訴訟法第七百六十九條及ヒ第七百七十條ノ條

文上明白ナリ然レトモ我民事訴訟法第七百三十條ニ於テハ代替物ニ關シテモ亦引渡ト謂フカ故ニ法文上引渡ト給付トノ間ニ於テ何等ノ區別ナキカ如キモ引渡及ヒ給付ナル法語ヲ併用スルトキハ前ニ示シタルカ如キ區別ニ基キタル法意ナリト解釋スルヲ正當ナリト信ス而シテ特定ノ金錢ノ引渡ヲ目的トスル債權ハ第六百十四條ニ依リテ差押フヘキモノニシテ第七百三十條ニ規定シタル債權トシテ取扱フヘキモノニ非ス何トナレハ此種ノ債權ハ其内容ニ從ヘハ民事訴訟法第六百十五條獨逸民事訴訟法第七四五條ニ規定シタル以外ノ差押手續ト調和スルコト能ハサレハナリ但シ單純ナル行為若クハ不行爲ヲ目的トスル債權ハ此限ニ在ラサルヤ言フ埃タス然レトモ變則トシテ

(イ) 差押フヘキ債權ノ目的物カ有體動產ナル場合ニ於テハ執行裁判所ハ民事訴訟法第五百九十八條及ヒ第六百十四條ニ基キテ差押命令ヲ發スルト同時に第三債務者ニ對シ目的物ヲ債權者カ委任セタル執達吏ニ引渡スヘキ旨ノ命令ヲ發ス第六一五條第一項差押ニ付テハ獨逸舊民事訴訟法第七四六條第一項是レ差押フヘキ目的物ヲ公ノ保管ニ付スヘキ目的ニ出テタル規定ナリ此命令ノ

送達及ヒ差押ノ效力發生等ハ第五百九十八條ノ規定ニ依ル(第六一四條)目的物カ第五百七十條ノ規定ニ從ヒ差押フルコト能ハサル物ナルトキハ差押ヲ爲スコトヲ許サス故ニ執行裁判所カ差押命令ノ申請ヲ却下シ又ハ既ニ發シタル差押命令ヲ債務者ノ異議ニ基キ(第五四四條)取消ササルヘカラス其他差押ハ常ニ民事訴訟法第六百十八條ニ規定シタル制限ヲ受クルモノトス而シテ引渡スヘキ差押物カ債務者及ヒ第三債務者ノ共有ニ屬セタルトキハ差押ハ唯債務者ニ歸スヘキ持分ニ對シテノミ行ハル故ニ目的物ノ引渡命令ニ於テ債權者ヨリ委任セラレタル執達吏若クハ第三者カ目的物受領ノ權アル旨ヲ記載セサルヘカラス此記載ヲ缺キタル場合ニ於テハ第三者ハ第五百四十九條ノ規定ニ基キ異議ノ訴ヲ提起シ以テ自己ノ利益ヲ防禦スルコトヲ得ヘシ執行裁判所カ引渡命令ヲ發スルニ際リテ特ニ執達吏ノ氏名ヲ命令中ニ於テ表示スルコトヲ要セス何トナレハ執達吏ハ第三者ニ對シ執行力アル正本ヲ所持スルニ因リテ目的物ヲ受領スルノ權限アルヲ以テテ(第五三四條)第三債務者ハ引渡命令ノ送達ニ因リテ受領ノ權限ヲ有スル執達吏ニ目的物ヲ引渡スノ義務ヲ負フ然レトモ第

三債務者カ引渡命令ニ應セサルトキハ執達吏ハ目的物ヲ第三債務者ノ意思ニ反シテ取立ツルノ權ナシ唯執行調書ニ於テ拒絕シタル旨ヲ記載スヘキノミ債權者ハ斯ル場合ニ於テ其債權ヲ第六百條及ヒ第六百一一條ニ基キテ自己ニ轉付セシメ第三債務者ニ對シ第六百十五條ノ趣旨ニ從ヒテ自己カ委任シタル執達吏ニ目的物ヲ引渡スヘキ旨ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第六一〇條)獨逸舊民事訴訟法第七四〇條此訴ヲ是認シタル判決ハ第七百三十條ノ規定ニ從ヒテ執行スルモノタリ而シテ第三債務者カ任意ニ又ハ判決ノ結果トシテ目的物ヲ執達吏ニ引渡セタルトキハ此時期ヨリシテ債權者ノ爲メニ目的物其物ニ對スル差押權カ成立スルモノトス(第五六六條)第五六七條)第三債務者タルト否トヲ問ハス引渡スヘキ目的物上ニ有スル第三者ノ權利ハ民事訴訟法第六百十五條第一項ノ命令ノ爲メニ損傷セラレス故ニ第一ニ第三債務者ハ斯ル權利ニ基キ引渡ヲ拒絕シ且ツ訴訟ニ於テ抗辯トシテ提出スルコトヲ得ヘシ何トナレハ引渡命令ハ第三債務者カ第三者ニ對スル目的物ニ關スル責任ヲ免除スルモノニ非サレハナリ第二ニ第三債務者カ引渡ヲ爲シタルトキハ第三者ハ目的物ニ關スル自己ノ

權利ヲ第五百四十九條及第五百六十五條ノ規定ニ從ヒテ主張スルコトヲ得
第三ニ債務者ハ目的物上ニ質權ヲ有スル場合ニ於テ之ニ基キ目的物ノ提
出ヲ拒マサル以上ハ第五百六十五條ノ規定ニ基キ優先ノ辨濟ヲ求ムル權利ヲ
主張スルコトヲ得ヘシ

(ロ) 差押アヘキ債權ノ目的物カ不動産ナル場合ニ於テハ其目的カ占有權ノ移
轉ナルト所有權ノ移轉ナルトニ拘ラス(法律上區別ナキヲ以テ)執行裁判所ハ民
事訴訟法第五百九十八條ニ基キテ差押命令ヲ發スルト同時に債權者ノ申立ニ
因リテ第三債務者ニ對シテ目的物タル不動産ヲ其所在地ヲ管轄スル區裁判所ヨ
リ命シタル保管人ニ引渡スヘキ旨ノ命令ヲ發ス(第六一六條第一項獨逸舊民事訴
訟法第七四七條第一項是レ前ニ述ヘタル所ト同一ノ法意ニ出ツルモノニシテ唯
其引渡ヲ受クヘキ者カ執達吏ニ非スシテ却テ區裁判所ヨリ命セラレタル保管
人タルノ差異アルノミ此命令ノ送達及ヒ差押ノ效力發生等ハ第五百九十八條
ノ規定ニ依ル引渡スヘキ不動産カ債務者及ヒ第三者ノ共有ニ屬シタル場合ニ
於テハ差押ハ債務者ノ有スル持分ニ對シテノミ行ハルルコトハ前ニ述ヘタル

如シ保管人ノ任命ハ執行裁判所ノ職權ニ屬セスシテ不動産所在地ノ區裁判所
ノ職權ニ屬スル理由ハ此命令ト共ニ不動産ニ對スル強制執行カ開始セラレタ
レハナリ(第六四一條獨逸舊民事訴訟法第七五五條)債權者ハ引渡命令ニ包含シ
タル差押命令ヲ不動産所在地ノ區裁判所ニ提出シ以テ保管人ノ任命ヲ求メ裁判
所ハ該任命ノ決定ヲ第三債務者ニ送達ス(第五九八條第三債務者カ引渡命令ニ
應セサル場合ニ於ケル手續等ハ前ニ述ヘタル所ト同一ナルヲ以テ之ヲ省略ス
而シテ目的物ヲ保管人ニ引渡スヘキ旨ノ訴ヲ是認シタル判決ハ第七百三十一
條ノ規定ニ從ヒテ執行スルコトヲ得ヘシ

(三) 債權ニ非タル財産權ニ關シテハ前ニ述ヘタル差押方法ニ準據シテ差押ヲ
爲ス第六二五條第一項第五九四條乃至第六二四條殊ニ執行裁判所ノ管轄差押
命令ヲ發スルコト及ヒ其送達ニ關シテハ金錢債權ノ差押ニ關スル規定ノ適用
ヲ受タルモノナリ(第五九四條第五九八條)而シテ差押アヘキ財産權ニ付キ其行
使上第三者ノ給付若クハ承認ヲ必要ト爲ス場合之ヲ換言スレバ差押アヘキ財
産權ニ對シテ特定ノ給付ヲ爲スヘキ義務ヲ負ヒタル第三者アル場合ニ於テハ

(地上權、永小作權等ノ如キ) 第三者ニ對スル差押命令ノ送達ニ因リテ差押ヲ爲シ
斯ル第三者ナキ場合ニ於テハ(專賣權ノ如キ)債務者ニ對シ少クモ權利ノ處分
ヲ禁スル旨ノ命令ヲ包含シタル差押命令ヲ送達スルニ因リテ差押アリタルモ
ノト看做ス蓋シ 第三者ナキヲ以テ第五百九十八條ノ規定ヲ適用スルコト能ハ
サレハナリ其他執行裁判所ハ差押ニ因リ處分シ得ヘキ權利ニ付キ特別ノ命令
ヲ發スルノ權ヲ有ス殊ニ管理者ニ管理セシムルカ如キ命令ヲ發スルコトヲ得
此場合ニ於テハ管理スヘキ物件ヲ管理者ニ交付スルニ因リテ差押ノ效力ヲ生
スルモノナリ但シ 第三者若クハ債務者ニ對スル差押命令ノ送達ニ因リテ既ニ
差押ノ效力ヲ生シタルトキハ此限ニ在ラス差押ノ消滅ハ前ニ説明シタル所ナ
ルヲ以テ茲ニ之ヲ省ク

財産權ハ總テ差押フルコトヲ得ルモノニ非ス動産中ニ於テ差押フルコト能ハ
サル物アルト同シタ財産權中ニモ差押フルコト能ハサルモノアリ

(4) 民法上他人ニ移轉スルコト能ハサル財産權ハ強制執行ノ爲メニ差押フル
コトヲ得ス何トナレハ金錢債權ノ強制執行ハ債務者ノ財産ヲ以テ債權者ノ滿

足ニ供スルモノナル故ニ此種ノ財産權ハ強制執行ノ目的物タルコトヲ得サ
レハナリ

(ロ) 特別法ヲ以テ差押ヲ禁止シタル財産權例ハ恩給官吏恩給法第一八條ハ
差押フルコトヲ得サルハ當然ナリ

(ハ) 實體法上及ヒ特別法上差押ヲ認許シタル財産權ト雖モ第六百十八條ノ制
限内ニ在ルモノハ之ヲ差押フルコトヲ得ス此制限ハ公益ト債務者ノ利益トヲ
保護スルカ爲メニ設ケラレタル制度ナリ故ニ第一ニ債務者ハ合意又ハ拋棄ニ
依リテ該制限ヲ排斥スルコトヲ得ス然レトモ實體法上反對ノ明文ナキ以上ハ
此制限内ニ於ケル權利ノ讓渡質入及ヒ之ニ依リテ生スル權利ヲ訴訟強制執行並
ニ相殺ヲ以テ主張シ得ルヤ否ヲ決タス第二ニ裁判所ハ職權ヲ以テ調査ヲ爲シ
民事訴訟法第六百十八條ノ制限ニ觸ルルモノト認メタル以上ハ債權者ノ差押
命令ノ申請ヲ却下セサルヘカラス而シテ差押フヘキ債權ニ付キ第六百十八條
ニ規定シタル制限ニ觸ルルヤ否ヤノ爭ヲ生シ且ツ制限内ニ在ルコト明瞭ナラ
サルトキハ制限内ニ在ルモノト主張スル當事者即チ債務者ハ舉證責任ノ原則

ニ從ヒテ立證セサルヘカラス又此制限ハ金錢債權ノ差押ノミナラス有體物ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權ノ差押、破産的差押及ヒ假差押ノ執行ニ關シテモ亦行ハル(第六一四條第七八條第七五〇條商法第一〇〇一條然レトモ債務者カ差押フルコト能ハサル財産權行使ノ結果トシテ既ニ受取リタル金錢其他ノ物件ニ關シテハ及ハサルモノトス何トナレハ斯ル物件ハ第五百七十條ニ基キテ差押フルコトヲ得ルヤ否ヤヲ定ムヘキモノナレハナリ第六百十八條ノ制限ニ反スル執行裁判所ノ決定ハ第五百四十四條ニ基キテ債務者第三債務者及ヒ利害關係アル第三者第六一八條第二參考ヨリ異議ヲ以テ攻撃セラル而シテ差押カ此制限ニ反スル事實ニ基キ第三債務者若クハ利害關係アル第三者ノ爲スヘキ特別ナル異議ノ訴及ヒ第三債務者ニ對スル債權者ノ訴ニ對シ前者カ該事實ニ基キ抗辯ノ提出ハ異議ヲ申出ツル權アルノ故ヲ以テ除外セラレサルモノナリ第六百十八條ノ規定ニ依リテ差押フルコトヲ得サル債權ノ第一ハ法定ノ養料請求權ナリ法定養料請求權ハ身分法上ノ關係ニ因リ生スル養料請求權ニシテ

如何ナルモノカ之ニ屬スルヤハ民法ノ定ムル所ニ依ル(民法第七九〇條第八七九條第八九〇條等)而シテ過去ノ養料ノ爲メニスル賠償請求權ハ養料請求權ノ性質ヲ喪失スルヲ以テ第六百十八條第一項ノ適用ヲ受ケタルヤ當然ナリ其第二ハ債務者カ義捐建設所ヨリ又ハ第三者ノ慈惠ニ因リ受ケ且ツ債務者及ヒ其家族ノ生活ノ爲メニ必要ナル程度ニ於ケル繼續ノ收入ナリ義捐建設所又ハ第三者ノ慈惠ニ因リテ受ケル收入トハ給與者カ給付スヘキ義務ヲ負ハス且ツ反對給付ヲ求メタル第三者ヨリ受ケル收入ニシテ、債務者及ヒ其家族ノ生活ノ爲メニ必要ナル程度ニ於ケル收入トハ債務者ノ從來ノ生活上ノ位置ヲ標準トシテ執行裁判所カ必要ナリト認定セタル收入ナリ隨テ爾後必要ナキニ至リタルトキハ之ニ關スル部分ハ更ニ差押フルコトヲ得此種ノ收入ヲ差押フルコトヲ得サル理由ハ給付者ノ慈惠ノ目的ヲ空シウセサラメシムルカ爲メナリ其第三ハ下士兵卒ノ給料並ニ恩給及ヒ其遺族ノ扶助料ニシテ明治二十三年六月法律第四十五號軍人恩給法明治二十四年十二月法律第四號等ヲ參照スヘキ其第四ハ出陣ノ軍隊又ハ役務ニ服シタル軍艦ノ乗組員ニ屬スル軍人軍屬ノ職務上ノ收入

ニシテ出陣ノ軍隊トハ宣戰以後ニ於ケル軍隊ニシテ役務ニ服シタル軍艦トハ宣戰以後ニ於ケル軍艦並ニ演習ニ充テラレタル軍艦ナリ其第五ノ官吏神職僧侶及ヒ教師ノ職務上ノ收入即チ俸給並ニ報酬恩給及ヒ其遺族ノ扶助料ニシテ此等ノ事項ニ關シテハ種種ナル特別法アルカ故ニ參照ヲ望ム其第六ハ職工勞役者雇人カ其勞務又ハ役務ノ爲メニ受タル報酬ナリ而シテ法律ハ債權者ノ利益ヲ保護スル目的ヲ以テ前ニ示シタル第一、第五及ヒ第六ノ場合ニ於テ職務上ノ收入恩給其他ノ收入カ一箇年間ニ三百圓ヲ超過シタルトキハ超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ得セシメタリ既ニ差押ヘタル債權ハ既ニ差押ヘタル有體物ト異ニシテ他ノ債權者ノ爲メニ差押フルコトヲ得サルモノニ非ス同一ノ債權ハ漸次ニ數名ノ債權者ノ爲メニ各獨立のニ第五百九十八條ノ形式ヲ履ミテ差押フルコトヲ得ルハ獨逸民事訴訟法上一點ノ疑ナキ所ナリ而シテ手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因レル債權ノ差押ニ關シテハ例外トシテ第五百八十六條ヲ適用スヘキモノト信ス獨逸ニ於テハ「ガウプ」ウ「ル」モ「ス」キ「」氏等ノ如キ

多數ノ學者ハ例外トシテ獨逸民事訴訟法第七百二十七條ヲ適用スヘキモノナリト主張スレトモ獨リ「ヘルマン」氏ハ此種ノ債權ハ債權トシテ差押ノ目的物タルカ故ニ有價證券ヲ占有スルニ依リテ差押ヲ爲スノ一事ハ有體動産ニ關スル差押ノ規定ノ適用ヲ正當ナラシメスト主張シ以テ反對ニ論決セリ

(C) 差押以後ノ手續

差押ヘタル債權其他ノ財産權ニ付キ差押債權者ヲシテ満足ヲ得セシムル政務ヲ取扱フ者ハ執行裁判所ナレトモ其満足ヲ得セシムル手續ハ差押ヘタル財産權ノ種類ニ從ヒテ各同シカラス左ニ之ヲ分説スヘシ

第一 手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因レル債權ニ關スル差押以後ノ手續

此種ノ債權ニ關スル差押以後ノ手續即チ換價ハ總テノ債權ニ關スル規定ニ從ヒテ之ヲ爲シ第六〇〇條乃至第六一三條第六一四條第六一五條第六一七條第六二一條第五百七十二條以下ノ規定ニ從ヒテ之ヲ爲スヘキモノニ非ス何トナレハ第六百三條ハ唯差押ノ方法ヲ規定シタルニ止マレハナリ故ニ此種ノ債權

ハ有價證券カ經令無記名ナル場合ニ於テモ第六百條第六百一條ノ規定ニ從テ移轉スルコトヲ要ス

第二 金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ關スル差押以後ノ手續
此種ノ債權ニ關スル差押以後ノ手續ハ執行裁判所カ債權者ノ申請ニ因リテ第六百十三條ノ場合以外ニ於テ差押債權者ノ爲メニ取立又ハ轉付ニ關スル移轉命令ヲ發スルニアリ(第六〇〇條獨逸舊民事訴訟法第七三六條金錢債權ノ差押ハ前ニ述ヘタル如ク第三債務者ニ對シ其債權者タル執行債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シタルニ止マルヲ以テ第三債務者ハ之カ爲メニ債權者ニ對シ支拂ヲ爲スノ義務ヲ負フコトナク又差押債權者ハ之カ爲メニ差押ヘタル債權ヲ主眼スルノ權ヲ有セス是ニ於テカ差押債權者カ差押債權ニ付キ満足ヲ享有スルニ尙ホ特定ノ裁判所ノ行爲ヲ必要トスルハ固ヨリ怪ムニ足ラス斯ル目的ノ爲メニスル裁判所ノ行爲ヲ移轉命令ト稱ス有體物ノ強制執行ニ於ケル賣却ト相對シ且ツ法律上差押ト異ナレル別派ノ行爲ナリ(立法上ノ理由)
債權者ノ移轉命令ヲ求ムル申請ハ或ハ差押ノ完成後或ハ差押命令ノ申請ト同

時ニ爲スコトヲ得第六百三條ノ場合ニ於テハ差押ハ執達吏ノ占有ニ因リテ成ルモノナルカ故ニ同時ノ申請ハ事實上不能ニ屬スルヤ言フ埃タス此申請ニ付キ管轄權ヲ有スル執行裁判所ハ(第五四三條申請ヲ正當ト認メタル場合ニ於テ移轉命令ヲ發ス而シテ債務者ヲ審訊スルト否トハ執行裁判所ノ自由ニ判斷スル所ナリ蓋シ債務者ヲ審訊スルハ法律上明文ヲ缺クモ禁止シタルニ非サレハナリ移轉命令ハ或ハ單獨ニ或ハ差押命令ト共ニ發スルコトヲ得而シテ轉付命令ハ差押ノ完成ヲ前提要件ト爲スコトハ第六百條ニ所謂差押ヘタル金錢ノ債權ナル明文ニ徴シテ明瞭ナリ故ニ前者ノ場合ニ於テ未タ第三債務者ニ對スル差押命令ノ送達ナキトキハ移轉命令ハ當然無効ニシテ第三債務者ニ對スル差押命令ノ爾後送達ニ依リテ之ヲ補充スルコトヲ得ス後者ノ場合ニ於テハ移轉命令ハ差押ノ完成ヲ條件トシタル行爲トシテ表ハルモノナリ隨テ該命令ハ第三債務者ニ對スル差押命令ノ送達ニ因リテ效力ヲ發生ス第五九八條第三項執行裁判所ハ職權ヲ以テ移轉命令ヲ第三債務者及ヒ債務者ニ送達セサルヘカラス第六〇〇條第二項移轉命令ノ效力發生ニ關シテハ獨逸民事訴訟法ノ解

釋トシテ學說三派ニ分レタリ第一說ハ「ブランク」ニ「ウキルモースキー」氏等ノ主張スル所ニシテ移轉命令ハ之ヲ債權者ニ交付スルニ因リテ完成シ該命令ヲ第三債務者及ヒ債務者ニ送達スルハ債權者カ取立ヲ爲シ又ハ債權ノ移轉ニ因リテ生シタル權利ヲ有スル旨ヲ通知スルノ目的ニ外ナラスト曰ヒ「ザルベ」氏ハ債務者ニ對スル送達ヲ以テ「ヘルマン」氏ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ移轉命令ヲ完成スルモノナリト曰ヘリ我民事訴訟法ノ解釋トシテ疑ナキニシモ非スト雖モ同法第六百條第六百一條ニ依リテ推究スレハ移轉命令ハ差押命令ト同シテ第三債務者ニ送達スルニ因リテ完成スト論決スルヲ得ヘシ獨逸舊民事訴訟法第七百三十條ハ直接送達主義ヲ採用シタルヲ以テ我民事訴訟法第五百九十八條第二項ノ如ク債權者ニ其送達ヲ爲シタル旨ヲ通知スヘシトノ法文ナシ故ニ獨逸舊民事訴訟法第七百三十六條ニ於テ單ニ第七百三十條第二項ノ規定ハ之ヲ準用スト規定スルモ爲メニ債權者カ移轉命令ノ發セラレタルヤ否ヤヲ知ラサルノ事實ナシ然ルニ我民事訴訟法第六百條第二項ハ右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用スト明言スルニ止メタルヲ

以テ債權者ニ移轉命令ノ送達ヲ通知スルコトナシ隨テ法文上債權者ハ移轉命令ノ發セラレタルコトヲ知ルニ由ナキコトト爲リ立法上甚タ失當ナリト認ム然レトモ解釋上第二百四十五條第三項ニ依リ債權者ニモ送達スヘキモノトシテ缺點ヲ補フコトヲ得ヘシ移轉命令ニ對シテハ債務者及ヒ第三債務者カ第五百四十四條及ヒ第五百五十八條ノ規定ニ從ヒテ不服ヲ申立タルコトヲ得ルヤ言フ俟タス

執行裁判所カ移轉命令ノ申請ヲ不當ナリト認メタルトキハ決定ヲ以テ之ヲ却下ス該決定ハ職權ヲ以テ債權者ニ送達セサルヘカラス何トナレハ此債權者ハ第五百五十八條及ヒ第四百六十六條第二項ニ基キテ即時抗告ヲ以テ攻擊スルコトヲ得ヘケレハナリ有體動産ノ差押ニ於テ執達吏カ債務者ニ代リテ差押物ヲ賣却スルト同シテ執行裁判所ハ金銀債權ノ差押ニ於テ債務者ニ代リテ差押ヘタル債權ヲ債權者ニ移轉ス之ヲ換言スレハ移轉命令ハ債務者ノ權利行爲ノ結果トシテ生スル所ト同一ノ效力ヲ生ス然レトモ差押ヘタル債權カ手形其他裏書ヲ以テ讓渡スルコトヲ得ル證券ニ因レル債權ナルトキハ移轉命令ハ裏書

譲渡ノ效力ヲ生セサルヘシ何トナレハ移轉命令ハ債權者ノ爲メニ差押債權ノ取立又ハ差押債權ノ譲渡ノ效力アルニ止マレハナリ移轉命令ハ債權者ニ其満足ヲ享有セシムルノ目的ニテ發セラル故ニ差押債權ノ履行ヲ擔保スル附帶ノ權利保護抵當等モ亦其ニ移轉スルモノト謂フヘシ又移轉セラレタル差押債權ノ主張ニ關シ證書ヲ必要ト爲ス場合ニ於テハ債務者ハ之ヲ差押債權者ニ引渡スヘキ義務ヲ負フ何トナレハ證書並ニ之ヲ占有スル權利ハ移轉セラレタル差押債權ノ從物トシテ移轉セラレタルモノナレハナリ而シテ債務者カ任意ニ其義務ヲ履行セサルトキハ特別ナル債務名義ヲ要セスシテ強制執行ノ方法ヲ以テ該證書ヲ債務者ヨリ取上ケシムルコトヲ得第七三〇條獨逸民事訴訟法學者例ヘハ「ガウプ」(Gauß)「クルモースキー」氏等ハ債務者所持ノ證書取上ヲ目的トスル強制執行ノ債務名義ハ移轉命令其モノタリ又執行力アル正本トシテハ獨逸民事訴訟法第六百七十一條我民事訴訟法第五二八條ニ從ヒテ送達シ且ツ引渡スヘキ義務アル證書ヲ表示シタル移轉命令ノ正本ト結合シタル從前ノ債務名義ノ執行力アル正本ヲ以テ足レリトシ特ニ引渡義務ヲ表示シタル特別ナル執行力アル

ル正本ヲ必要トセス而シテ「ガウプ」氏ハ尙ホ債權者ハ之カ爲メニ移轉命令ヲ求ムル申請ニ於テ若クハ此命令中ニ引渡スヘキ證書ノ表示ナキ場合ニ於テ之ヲ補充スル申請ニ於テ可成的引渡スヘキ證書ヲ確實ニ表示スヘキコトヲ要スル旨ヲ明言シタリ又「ブラント」氏ハ債權者カ移轉セラレタル債權ヲ主張スルカ爲メニ證書ノ占有ヲ必要ト爲ス場合ニ於テハ移轉命令ハ債務者ニ對シテ差押債權ニ關スル證書ヲ債權者ニ引渡スヘキ旨ノ執行裁判所ノ命令ヲ認メタルモノナリ是ヲ以テ債務者カ證書引渡ニ關スル法定義務第六〇六條ヲ任意ニ履行セサルトキハ債權者ハ引渡スヘキ證書ヲ表示シ且ツ移轉命令ト結合シタル執行裁判所ノ命令ヲ得以テ之ニ基キ執達吏ノ助力ノ下ニ強制執行ヲ爲ス第七三〇條故ニ該命令カ債務名義ニシテ(第五五九條移轉命令ハ引渡義務ヲ認メタルニ止マリテ訴訟費用ノ負擔ヲ言渡シタル裁判ト同シテ債務名義ト爲ラス又執行文ノ附記ハ之ヲ必要トセス從前ノ債務名義及ヒ執行裁判所ノ命令トシテ移轉命令ヲ提出シ及ヒ其送達ヲ證明スルヲ以テ足レリトスト曰ヘリ而シテ此種ノ強制執行ノ開始ハ民事訴訟法第七百三十條第五百二十八條乃至第五百三十條

ニ準據スヘキモノナルヲ學者間ニ疑ナキ所ナリ然レトモ我民事訴訟法第六百六條ハ差押命令ニ基キト明言シ恰モ此命令ヲ以テ債務者所持ノ證書取上ヲ目的トスル強制執行ノ債務名義ト認メタルカ如シ然レトモ差押命令ハ其内容トシテ前述ノ如ク第三債務者ニ對シ債務者ニ爲ス支拂ノ禁止ト債務者ニ對シ處分ヲ爲スヘカラサル旨ノ命令トヲ包含スルモノニ外ナラサルヲ以テ之ヲ債務者所持ノ證書取上ヲ目的トスル強制執行ノ債務名義ト爲スハ法理上失當ニシテ又實際上不能ナリ(取上クヘキ證書ノ表示ナキヲ以テ故ニ余輩ハ論理解釋上該差押命令ハ移轉命令ニシテ前ニ述ヘタルガウブ氏ノ説明スル如ク執行スヘキモノト信ス

引渡スヘキ證書カ第三者ノ占有ニ在リテ且ツ其第三者カ引渡ヲ承諾セサルトキハ第三者ニ對シ民事訴訟法第六百六條ノ規定ニ基キテ執行ヲ爲スコトヲ得ス第六〇六條債務者ヨリ取上クニ唯債權者ハ第三者ニ對シテ訴ヲ以テ證書ノ引渡ヲ求ムル債務者ノ請求權ヲ第六百六條第六百一一條ニ規定シタル移轉命令ニ基キテ之ヲ換言スレハ第七百三十二條ニ從ヒテ此請求權ニ關スル特別ノ移轉命令

ヲ要セスシテ主張スルコトヲ得何トナレハ差押債權ノ移轉ト共ニ其從物トシテ該請求權カ移轉セラレタルヲ以テナリ移轉命令ハ之ヲ分チテ取立命令及ヒテ轉付命令ノ二トス債權者ハ此二者中ノ一ヲ選擇スルノ權利ヲ有ス移轉命令ノ申請ニ於テ債權者ノ選擇シタルモノノ明示ナキトキハ取立命令ヲ選擇シタルモノト認定スルヲ正當トス何トナレハ取立命令ハ差押債權者ニ對シ毫モ危險ヲ被ラシメサル換價方法ナルヲ以テ差押債權者ノ意思ニ適シタルモノト看做スコトヲ得ヘケレハナリ而シテ債權者ハ取立命令ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シテ爾後轉付命令ヲ請求スルコトヲ得然レトモ反對ニ轉付命令ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シテ取立命令ヲ請求スルコトヲ得ス(第六一二條)何トナレハ後者ノ場合ニ於テハ轉付命令ニ因リテ移轉シタル債權ハ取立ツヘキ債務者ノ債權タル性質ヲ有セサレハナリ又前者ノ場合ニ於テハ債權者ノ債權ハ完全ナル辨濟ヲ受タルマテハ有效ニ存在スルモノナルヲ以テ債權者ハ何時ニテモ其選擇シタル強制執行ノ方法ヲ棄テテ他ノ方法ヲ採ルコトヲ得ヘケレハナリ(同一ノ理由ニ因リ差押權モ亦拋棄スルコトヲ得此場合ニ於テハ取立命令ニ因リテ取

得シタル權利ノ拋棄ヲ包含ス何トナレハ差押ハ取立命令ノ基礎ナレハナリ取立ノ爲メニ取得シタル權利ノ拋棄ハ確實ヲ期スルカ爲メニ屆書ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ爲ス拋棄ハ屆書ヲ債務者ニ送達スルニ依リテ效力ヲ生ス第三債務者ニ對スル送達ハ訓示的法意ニ基キモノト知ルヘシ拋棄ハ取立命令ノ效力差押權ノ拋棄差押ノ效力ヲ喪失セシメ之カ爲メニ取立命令ヲ取消スノ必要ナシ然レトモ第三債務者ノ爲メニ之ヲ取消スコトハ法律ノ禁セザル所ナリ又拋棄ハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得故ニ債權者カ第三債務者ニ對シテ起訴シタル後ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得唯此場合ニ於テハ債權者ノ代位權消滅ノ結果トシテ爾後債務者カ該訴訟ヲ續行スルコト爲ルノミ第一八〇條面シテ拋棄以前ニ於テ既ニ發生シタル債務者ノ損害賠償請求權第六一條ハ拋棄ノ爲メニ妨ケザルナリ拋棄シタル執行ニ關スル費用ノ負擔者ハ第七十二條及ヒ第五百五十四條ニ從ヒテ之ヲ定ム債權者ハ此ノ如ク取立命令又ハ轉付命令ヲ求ムルニ付キ選擇權ヲ有ス然レトモ第六百七條ノ場合ニ於テハ例外トシテ第三債務者ニ債務額ヲ供託セシムルノ效力ヲミテ有スル(支拂ハシムル)ノ效力ニ非

ス(取立命令ヲ求ムル)ノ權アルノミ何トナレハ此場合ニ於ケル強制執行ハ債權者ニ擔保ヲ得セシムルノ目的ヲ有スルニ止マリ即チ債權上ノ満足ヲ得セシムルノ目的ヲ有スルモノニ非サレハナリ(第五〇五條第二項第五七四條第二項第五七九條(手續))

第一 取立命令

取立命令トハ執行裁判所カ債務者ニ代リテ債權者ニ對シ債務者ニ代リテ其有スル差押債權ヲ執行スヘキ自己ノ債權ノ満足ニ供スル目的ヲ以テ第三債務者ヨリ取立ツルノ授權ニ外ナラス(第六〇〇條一項)故ニ債務者ハ有體動產ノ差押ニ於ケルト同シテ依然移轉セラレタル債權ノ主體ニシテ又債權者ハ債務ノ法定代理人トシテ(債務者ノ意思ノ有無ニ關係ナキカ故ニ)取立ツタル金銭ヲ自己ノ満足ニ供スルカ爲メノ權限ヲ有ス(有體動產ノ強制執行ニ於テハ執達吏カ債權者ノ法定代理人トシテ其有スル權限ヲ行使シ債權ノ強制執行ニ於テハ債權者其者カ其有スル權限ヲ行使スル)ノ差異アルニ注意スヘシ是ヲ以テ取立命令

ノ場合ニ於ケル各利害關係人ノ法律上ノ地位ヲ略言スレハ、債權者ハ取立命令以後ト雖モ差押ニ因リテ發生シタル處分無能力ノ制限ヲ以テ差押債權ノ主體タルコトヲ妨ケラレズ隨テ取立命令以後ニ於ケル差押債權ハ尙ホ債務者ノ財産ニ屬ス故ニ債務者ハ差押債權者ノ權利ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ取立命令以後差押債權ヲ處分シ讓渡又行使第三債務者ノ破産ニ於テ届出ヲ爲シ債權確認ノ訴ヲ提起スルカ如キ(スルコトヲ得レトモ支拂ヲ請求シ債務ノ免除延期等ノ如キ行爲ヲ爲スコトヲ得ス)又第三債務者ノ破産ニ於テハ差押債權者ト共同スルニ非スシハ議決權ヲ行使スルコトヲ得ス而シテ債務者ハ取立命令以後尙ホ債務額ノ供託ヲ第三債務者ニ對シ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤハ學者ノ爭フ所ニシテ(ガウヅ氏ハ積極的ニ論結シ、フラング氏ハ消極的ニ論結シタリ余輩ハ後説ヲ正當ト認ム何トナレハ取立命令以後ニ於テハ唯リ債權者ノミカ債務者ノ法定代理人トシテ支拂並ニ供託ヲ求ムル訴ヲ爲スノ權ヲ有シ又義務ヲ負ヒ且適任者ナレハナリ證書ヲ占有スルカ故ニ)第六〇六條第六〇七條第六一一條(條)

第二編 訴訟手續

羅馬史ヲ稽ケハ羅馬人ハ訴訟手續ニ付テ三段ノ變化ヲ經過シ來レルヲ知ラン此變化ハ各時代ニ於ケル實體法ノ性質及ヒ社會ノ趨向ヲ反映表出スルモノナリ其各段ノ訴訟手續ヲ詳説スル前ニ總體ノ變化ニ付テ説明スヘシ第一ハ法律ニ依ルノ訴訟手續デリ此訴訟手續ハ其起源甚ク古ノ或儀式ニ基キタルモノニシテ所謂私裁判制度ノ面影ヲ止メシモノナリ此訴訟手續ニ於テハ當事者ハ極メテ嚴格ナル儀式ノ束縛ヲ受ケタリ其儀式ハ一定ノ舉動ト一定ノ式語ヨリ成レルモノナリ法官ハ此訴訟手續ニ於テハ主タル職分ヲ爲サスシテ唯從タル作用即テ其訴訟當事者ノ進行スル訴訟手續ヲ監督ニルニ過キサリキ此訴訟手續ハ繼續シテ共和制時代ノ末世ニ至リ漸漸消滅シテ次ニ第二ノ訴訟手續即チ書式的ノ訴訟手續(シスタム・ロ・ミレール)ヲ生ゼリ此訴訟手續ノ變化ハ決シテ急激ニ起リシモノニ非ス漸漸變化シ來リタルモノニシテ此第二ノ訴訟手續ノ行ハルル前ニハ第一第二兩手續ノ併セ行ハレタルコトアリキ

訴訟手續ハ嚴格ナル儀式ノ範圍ヲ脱スルニ隨テ自ラ第二ノ訴訟手續ノ起ララルヲ得タリシナリ此第二ノ訴訟手續即チ書式ニ依ル訴訟手續ニ於テハ前時代ト異ニシテ訴訟ニ關シテ大ニ公平ヲ向フニ至レリ而シテ第二ノ訴訟手續ノ起ルヤ裁判人ノ必要ヲ生セリ蓋シ第二ノ訴訟手續ノ時代ニ於テ羅馬法ハ著シキ進歩ヲ爲セリ此訴訟手續ノ時代ハ共和制ノ末ヨリテラクレチヤン帝ノ時代ニ至レリ後法官ト裁判人トノ混淆ヲ生スルニ至リテ次ニ第三ノ特別訴訟手續ヲ生セリ

以上ハ其大要ナリ諸ノ各箇ノ訴訟手續ニ付テ詳説セン

第一 法律ニ依ル訴訟手續 此訴訟手續ハ羅馬ノ最モ古代ニ起リ六世紀ノ間繼續シテ行ハレタリ法律ニ依ル訴訟手續トハ或法律ニ依リテ訴訟ノ判決又ハ判決ノ執行ヲ爲ス所ノ手續ト云フ蓋ナリ此手續ハ蹂躪セラレタル權利ヲ保護スルニ在リ此種ニ屬スル訴訟手續ハ皆一定ノ原則ニ據リテ支配セラレタルモノナリ即チ此手續ハ徹頭徹尾儀式的ニシテ且ツ羅馬人ノミ此手續ニ依ルコトヲ得タルモノナリ要スルニ法律上ノ嚴格ナル形式ヲ履行セサルヘカラス

手續ナリ此手續ニ於テハ言語上ノ嚴格ナル式語ヲ用ヒサルヘカラスナルノミナラス又其舉動ニ於テモ一定ノ式アリキ此舉動ハ羅馬人カ古キ傳說ニ從ヒテ或意味ヲ表ハス所ノ一ノ舉動タリ蓋シ此形式ノ起源ハ羅馬人ヨリ向ホ其以前ニ溯ルモノナルカ如シ羅馬ノ有名ナル法律家ガイユスノ説ク所ニ據レハ此式語ハ古昔希臘ノ有名ナル武士「アシーユ」ノ盾ニ書シタル語ト同一ナリト云ヘリ「アシーユ」ノ語ハ「ホタール」ノ詩中ニ見ユ蓋シ「アシーユ」ノ事ハ此時代ヨリ三千年以前ノコトニ屬ス此等ノ儀式的言語及ヒ舉動ハ悉ク合シテ「ノレキス」アタチ即チ「法律」ヲ行ハシムル訴訟手續ヲ爲スモノナリ而シテ當事者ハ其訴訟ヲ爲スニ付キ其適用セント欲スル法律ヲ指示シ且ツ訴訟手續中ニ其法律文ヲ其文字ノ如ク引用セサルヘカラス若シ其引用スル言語カ違フカ若クハ省略スルトキハ皆敗訴ノ原因ト爲レリ之ニ付テ「ガイユス」ハ奇ナル例ヲ示セリ其例ニ曰ク「甲カ乙ノ葡萄ノ樹ヲ伐レリ依テ乙ハ原告ト爲リ被告甲ハ予カ葡萄ノ樹ヲ伐リタリト訴ヘタリ然ルニ法律上一般ニ本ト云フ語ヲ用フヘカリス乙ハ明カニ「葡萄ノ樹」ト云フ語ヲ用ヒタルカ故ニ敗訴ニ歸セリ」ト此ノ如ク嚴格ナル言語ヲ用

ヒタル理由ハ他ナシ羅馬人ハ本來非常ニ規則正シキ人間ニシテ其特質ハ非常ニ極端ニ走リタルノ結果此ノ如クナルニ至レルナリ即チ人ハ法律ニ依リテ許サレタル範圍内ニ於テノミ活動スルコトヲ得ルト云フ觀念ニ支配セラレ訴訟手續ニ於テモ必ス或法律ニ從ヒテ爲サルコトヲ示スカ爲メニ其法律ノ語ヲ引用セサルヘカラスト爲シタルナリ此ノ如ク嚴格ナル手續ヲ用ヒタルハ蓋シ裁判官ノ專斷及ヒ不公平ヲ防カンカトスルニ出タタルモノナリ而シテ裁判官ハ法律ヲ知ラサルカ爲メニ裁判ヲ拒ムコトヲ得ヌ又原告ハ其訴狀中ニ法律ヲ指示セサル場合ニハ裁判スルコトヲ得ナリ蓋シ今日ニ於テモ若シ其裁判カ非常ニ嚴格ナル形式ヲ用ヒントセハ法律文ヲ朗讀授用スル場合多ク又刑事上ノ裁判ニ付テハ常ニ適用スル法律ノ條文ヲ朗讀授用セサルヘカラスト其趣ヲ同シウスルモノナリ

以上ヲ以テ第一ノ性質タル儀式的ナルコトヲ説了セリ次ニ第二ノ性質タル對人的ナルコトニ付テ説明セン此訴訟手續ニ於テハ代理者ヲ以テ訴訟ヲ爲スコトヲ得ス訴訟人自ラ其儀式ヲ履行セサルヘカラストナリ

第三ノ性質トシテ舉クヘキハ訴訟手續ハ終局的ノモノナルコト是ナリ即チ訴訟カ一タヒ起レハ其結果ノ如何ニ拘ラス再ヒ訴訟ヲ爲スコトヲ得サル性質ヲ有シタリ

此訴訟手續ニ於テハ裁判ニ公ノ性質ヲ與フル爲メニ法官ノ出席ヲ必要トセリ然ルニ其法官ハ從タル職務ヲ爲スニ過キス法官ハ口頭辯論ニ出席スト雖モ其辯論ノ進行ヲ指導スルヲ爲サヌ又法官ハ其用語ヲ示シ其舉動ヲ教フルコトヲ爲サヌ其訴訟ニ於テ權利ヲ主張スル者ハ當事者ナリ法官ハ唯監督ノ責アルノミナリキ

以上ヲ以テ「法律ニ依ル訴訟手續」ノ重ナル性質ヲ説了セリ

次ニ述フヘキハ其訴訟手續ニ於ケル訴訟進行ノ有様ニ關ス前ニ述ヘタル如ク羅馬ノ總テノ訴訟手續ハ二ツノ部分ニ分ツコトヲ得即チ第一ハ「法官ニ向テ爲ス訴訟手續」ニシテ第二ハ「裁判人ニ向テ爲ス訴訟手續」ニシテ是ナリ

第一 法官ニ向テ爲ス訴訟手續 此手續ニ於テハ訴訟當事者ハ法官ノ前ニ在ルコトヲ想像セサルヘカラスト故ニ其以前ニ又或手續アルコトヲ想像シ得ヘシ

他ナシ召喚手續はナリ召喚手續トハ被告自ラ法廷ニ出頭スヘキコトヲ或儀式
的ノ言語ヲ以テ命令スルノ訴訟手續ナリ此召喚ノ手續ハ能ク此時代ノ風俗ノ
粗暴ナリシコトヲ表示セリ近世法律ニ於テハ出廷ヲ命令スル人ハ一箇ノ官吏ナ
リト雖モ此時代ニ於テハ之ト異ニシテ原告自ラ其被告ヲ喚出シタルモノナリ
但シ原告ハ被告ノ家屋ニ侵入セテマテモ之ヲ喚出スコトヲ得テリシカ故ニ
原告ハ被告ヲ其家屋以外ニ待受ケサルヘカラス故ニ或ハ劇場浴場等其他公開
場ニ被告ノ來ルヲ待受ケタリ若シ原告ハ被告ノ來ルヲ見ルトキハ之ニ對シテ
法官ノ前ニ出廷セシコトヲ要求セリ若シ被告カ不具者ナルトキハ原告ハ之ニ
結或ハ車ヲ供セサルヘカラス若シ被告カ其要求ヲ肯セサルトキハ暴力ヲ以テ
引致スルコトヲ得ヘク被告ハ保證人ヲ立ツルニ非テハ必ス出廷スルノ義務
ヲ有セリ原告被告カ共ニ法官ノ前ニ出頭スレハ先ツジユスト云フ手續ヲ始
ム而シテ彼等原被兩造ハ式語ヲ用ヒテ裁判人ノ選任ヲ爲セリ此場合ハ最も其
儀式ノ嚴格ナルヲ代表シタルモノナリ原被兩造ハ此場合ニ於テ其訴訟ノ要求
ノ種類ニ從ヒテ變スル種種ナル舉動ヲ爲セリ

法官ノ前ニ於ケル訴訟手續ニ三種アリ

第一 賭ニ依ル訴訟手續 (per sacramentum)

第二 「デユヂニイス」(Deus in iudicio posuit)

第三 「コンジユクシヨ」(Condictio)

第二、第三ハ左程緊要ナラサルカ故ニ第一ノ「賭ニ依ル訴訟手續」ニ付テ述フヘシ

此訴訟手續ハ法官ノ前ニ於テ當事者ハ賭ヲ爲スニ由リテ此名ヲ生セリ此訴訟
ニ於テ敗訴者ハ其賭金ヲ失フ其訴訟ノ賭金ハ之ヲ僧官ニ委託セリ僧官ハ敗訴
者ノ賭金ヲ以テ祭祀ノ料ニ供セリ此訴訟ニ於テ最も奇怪ナルハ裁判官ハ其何
レカ理アリヤ否ヤヲ判決セスシテ唯何レカ正シク賭金ヲ爲シタルヤヲ判決セ
リ故ニ法官カ本案ノ爭ヲ決スルハ間接ノ方法ニ依リシナリ此賭金ノ制度ハ古
代其例多シ

此時代ノ訴訟ニ於テハ賭金ニ依ル手續ハ固ヨリ其大部分ヲ占メタリト雖モ其
他ニ於テモ尙ホ對人的對物的ノ手續アリキ而シテ今日傳ハル所ハ唯對物的ノ
手續ニ關スルコトノミナリ以下其訴訟ノ有様ヲ説述セシム

原被告兩造カ一物ノ所有權ヲ爭フニ各其手ニ持タル一ノ棒ヲ以テセリ其棒ハ即チ其物件ノ所有者タルコトヲ表セリ蓋シ羅馬ニ於テハ槍ヲ以テ他人ノ物品ヲ分捕セシニ基クモノナリ而シテ此棒ヲ其物體ニ觸レ一定ノ式語ヲ用ヒテ自己ノ所有物ナルコトヲ爭ヘリ此方式ハ實ニ此時代ニ在リテハ所有權ハ多ク暴力ニ因リテ得ラレタルヲ表明スルモノナリ此ノ如ク原被告カ爭ヒタル後法官ハ原被告兩造ニ向テ其物ヲ離スヘキコトヲ命セリ其物ヲ離シタル以後ノ手續ハ前ニ述ヘタル賭金ナリ其賭金ヲ爲サシメタル後ニ其物件ヲ假ニ原被告兩造ノ何レカニ占有セシム次ニ原被告兩造ハ裁判人ヲ選定ス此法官ヲ選定シタル後原被告兩造ハ法官ノ面前ニ出席スルヲ約ス故ニ此訴訟ニ最モ必要ナルハ原被告兩造ノ一致ニ在リキ

次ニ原被告兩造ハ出席セル證人ニ對シテ立證ヲ求ム是ニ至リテ訴訟ハ「リナス、コンナス、コンナス」(litis contestatio) 即チ爭ト爲リタリト云ヘリ

右「リナス、コンナス」(litis contestatio) 即チ爭ト爲レルコトノ確定シタル後ニ裁判人ニ對スル訴訟手續ヲ生ス裁判人ニ對スル訴訟手續ハ略ホ現今ノ裁判手續ニ類ス

新

第一ニ本人カ證人ト共ニ裁判人ノ前ニ其要求ヲ陳述シ第二ニ辯護士ノ辯論ヲ開始シ最後ニ裁判人カ判決ヲ宣告シ此ノ如ニシテ其手續ヲ全ク終了ス

次ニ判決ノ執行ニ付テ説明セン

判決ノ執行ニ二箇ノ方法アリ

第一 對人差押 (manus injectio)

第二 對物差押 (pignoris capio)

第一ノ方法ハ訴訟ノ裁決ニ對シ債權者ニ満足ヲ與ヘサル債務者ノ身體ニ對シテ行ハレシモノナリ

第二ノ方法ハ其裁判ニ從ヒテ満足ヲ與ヘサル債務者ノ財產ニ對シテ擔保ノ名ニ於テ差押ヲ實行スル方法ナリ

此二方法ニハ一ノ共通ナル性質アリ他ナシ法官ノ面前ニ於テ差押ノ手續ヲ實行セサルコト是ナリ然ルニ此手續ニ於テハ其正當ナルコトヲ確實ナラシムル爲メニ債權者ハ威儀式ヲ履マサルヘカラス此方法モ亦彼ノ社會學上ニ所謂私裁判制度ノ殘物ナリ此二種ノ手續ノ誤用セラルルコトナカラシメンカ爲メ其

手續ノ執行ヲ受ケタル相手方ニシテ若シ其手續ノ不正當ナル事由ニ付テ救済ヲ求メントセハ之ヲ法官ニ上告スルコトヲ得セシメタリ。其手續ニ關シテハ今此執行手續ハ如何ナル場合ニ用ヒラレタルヤヲ説明スヘシ。

第一 判人差押ノ行ハルル場合

十二銅律ニ謂フ所ニ依ヒハ若シ裁判所ノ裁決シタル宣告ノ趣旨ニ從テ履行スルコトヲ怠ル者ニ對シテハ判人差押ヲ實行スルコトヲ得トアリ即チ當事者ノ一人ハ不服ヲ唱フル相手方ノ身體ヲ捉ヘ證人ノ前ニ於テ一定ノ式語ヲ以テ其趣旨ヲ宣言シ而シテ後之ヲ伴ヒ來リテ自己ノ家屋ニ禁錮シ置タコトヲ得タルモノナリ禁錮ノ日ハ六十日間トス其六十日間ニ三回程公開場ニ誘ヒ出シ高聲ニ其負債額ヲ讀上ケ其親戚又ハ朋友カ其人ノ爲メニ負債ヲ辨濟スルコトヲ促シタリ若シ其六十日間ニ何人モ其負債ヲ償却スルモノナカリセハ債權者ハ之ヲ奴隸ニ賣リ又ハ遊スノ權利ヲ有レタリキ。

第二 對物差押ノ行ハルル場合

前ニ述ヘタル第一ノ判人差押ハ普通ノ執行手續ニシテ人體ニ對シテノ強制方

三十三年度講義錄號外ニ付テ稟告

三十三年度講義錄ハ既ニ終了期ニ達シ科目中既ニ完結ヲ告ケタルモノ少カラス又未タ完結セサル科目モ大抵其大部分ヲ掲載シ終レリト雖モ全科目ノ完結ヲ告グルニハ多少ノ號外ヲ發セサルコトヲ得ス而シテ此際一時ニ號外ヲ發スルハ校外生諸氏ニ於テモ月謝拂込上不便ナルヲ以テ從前通各部共毎月二回ノ發行トシ以テ全部ヲ完了スル豫定ナリ而シテ其紙數ハ各部共四個月分以上ニ相當スルモノアルヲ以テ四個月分ノ月謝ヲ便宜ニ從ヒ一時ニ又ハ一個月分宛拂込マルヘレ

明治三十四年一月

和佛法律學校

三十三年度校外生ニ告

今同本校ニ於テ發行スル三十四年度乙種
講習科講義録ハ三十三年度ノ講義ト三十
四年度ノ講義トヲ加除シタルモノナルヲ
以テ三十三年度校外生ハ右講習科ニ入學
スルニ及ハサルヘシ但三十四年度ニ於テ
講義ノ持説ニ變更アリタル分ハ訂義録ノ
末葉ニ於テ之ヲ公告ス

明治三十四年一月
和佛法律學校

明治廿二年十二月九日内務省許可

明治三十四年一月十六日

明治三十四年一月二十日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目

發行所

小田 健 一郎

東京市芝區久保町九丁目十一番地

印刷所

金子 鐵 五 郎

東京市芝區久保町會町十二番地

印刷所

金子 活 版 街

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 指定 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)